

COMENTÁRIOS A RESPEITO DA ASSOCIAÇÃO EVENTUAL NA LEI Nº 11.343/2006 E A SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO

Paulo Cezar dos Passos

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Após a vigência da Lei 11.343/2006 muito tem sido discutido a respeito da associação eventual para o tráfico, anteriormente prevista como causa de especial aumento do inciso III do art. 18 da Lei 6368/76.

A tendência dos tribunais é no sentido de retirar a causa de especial aumento do crime de tráfico com a redação da nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) por entendê-la mais benéfica ao acusado.

Sustentam os precedentes consultados, com aval de doutrina abalizada, que a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 18, inciso III da Lei 6.368/76, não mais subsiste no texto da Lei 11.343/06. A argumentação está centrada no entendimento de que o artigo 35 do novel diploma legal cuida da antiga figura do delito de associação para o tráfico, prevista no artigo 14 da Lei 6.368/76.

A respeito do tema, o entendimento dominante conclui pela autonomia do delito de associação para o tráfico, e que exatamente neste aspecto diferia da antiga causa de aumento prevista no artigo 18, III da Lei 6.368/76.

Nesse sentido, é importante o precedente:

"Recurso especial. Majorante do art. 18, iii, da lei de tóxicos. Co-autoria eventual. Diferença com o crime autônomo previsto no art. 14 do mesmo diploma, onde a associação pressupõe estabilidade e permanência. 1. Para a configuração da causa de aumento prevista no art. 18, III, da Lei de Tóxicos, basta a mera co-autoria, ainda que eventual. 2. Difere, pois do art. 14 do mesmo diploma legal, que cuida de delito autônomo, onde se exige associação estável e permanente. 3. Recurso especial conhecido,

mas improvido." (STJ - RESP 98916/SP - 6ª Turma, Rel Min. Alsemo Santiago, DJU 08.9.97, p. 42619)

Portanto, segundo esse entendimento, a ausência de previsão correspondente à causa de aumento de pena prevista na legislação anterior importa na extirpação do sistema da causa de aumento de pena anteriormente prevista no artigo 18, inciso III da Lei 6.368/76.

Tais entendimentos, é o que aqui se defende, apresentam obscuridades quanto à exegese do art. 2º, parágrafo único do Código Penal, em particular quanto à opção doutrinária selecionada para resolver questões de sucessão de leis penais no tempo, e também quanto à razão de ser da antiga exegese do art. 18, III c.c. art. 14, ambos da Lei 6368/76 e a opção de não repetição da regra do inciso III do art. 18 na nova Lei de drogas, com a manutenção idêntica da redação do crime de associação para o tráfico no novel art. 35 da Lei 11.343/06, tudo conforme se passa a expor.

2. SUCESSÃO DE LEIS PENAIS: ADOÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO DIFERENCIADA (COMBINAÇÃO DE LEIS).

No caso concreto, dá-se – de fato – sucessão de normas penais no tempo.

O regime decaído (Lei nº 6368/76) previa uma figura penal autônoma de associação para o tráfico (em seu art. 14) e uma causa de especial aumento que usava a mesma referência à associação (art. 18, III).

O novo regime – Lei 11.343/06 – prevê a mesma figura penal de associação para o tráfico (art. 35), mas não repetiu a causa de especial aumento de associação.

A questão, numa primeira análise, realmente poderia conduzir à idéia de que houve uma *“novatio legis in melius”*, devendo operar de forma retroativa. Sucede que a questão merece ponderações que vão além da aparência, procurando entender a razão de ser da não repetição da regra da causa de especial aumento com o mesmo nome do tipo penal autônomo.

De fato, como é notório, a exegese da lei velha que acabou preponderando, depois de longas discussões na doutrina e na jurisprudência, solidificou-se no sentido de considerar tipificado o crime autônomo de associação para o tráfico (art. 14 da lei velha) quando fosse identificada estabilidade na associação entre duas ou mais pessoas, uma exigência que o tipo penal não faz, aliás, repele, como se verá a seguir. Mesmo sendo ilógica esta interpretação foi a única forma de dar sentido ao inciso III do art. 18 que tratava da causa de especial aumento falando da mesma situação de associação entre duas ou mais pessoas, a qual acabou incidindo sempre que se identificasse uma situação de co-autoria simples, sem estabilidade.

Essa forma de interpretar a lei velha, como se disse, decorreu do “bis in idem” criado pelo legislador que falava, em dois momentos distintos da lei 6368/76 em “associação”.

Sucede que a redação do tipo do crime de associação para o tráfico, do art. 14 da Lei 6368/76 nunca exigiu estabilidade como sua elementar, ao contrário, era expresso em dizer que a associação poderia ser ocasional. É da redação do art. 14:

*“Art. 14. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, **reiteradamente ou não**, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei.” (grifo e negrito nossos)*

Ou seja, como se vê da redação do art. 14 da Lei 6368/76, a associação poderia ser para a prática de um único delito, já que visava praticar crime de tráfico seja de forma reiterada, seja de forma não reiterada, isto é, isolada, um caso único. Logo, por uma questão de evidente clareza, o legislador nunca desejou afastar a co-autoria de um crime autônomo. Sucede que, como dito, o inciso III do art. 18 da mesma lei antiga, dizia que a pena seria aumentada de um terço a dois terços, se qualquer dos crimes decorresse, dentre outras hipóteses, de associação. Assim, para dar lógica a regras aparentemente conflitantes é que se criou essa antiga exegese de enxergar a exigência de uma estabilidade para o crime autônomo, mesmo contrariando frontalmente sua redação.

O que fez, agora, o legislador quando da edição da nova lei?

Não repetiu a polêmica causa de especial aumento em razão da associação, mas manteve idêntica redação quanto ao tipo penal autônomo de associação para o tráfico, apenas adaptando-o, numericamente, aos novos tipos penais de tráfico. É da redação do art. 35 da nova Lei 11.343/06:

*Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, **reiteradamente ou não**, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:*

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

*Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se **associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36** desta Lei.*

Como visto, a redação do art. 35, que trata do crime de associação para o tráfico, traz as mesmas elementares “reiteradamente **ou não**” de que falava o velho art. 14 da Lei 6368/76. A novidade, no caso, está no fato de não repetir a causa de especial aumento da associação e, no parágrafo único do art. 35, fazer alusão ao fato de que, quando a associação for para a prática do crime do art. 36 (financiamento do tráfico), só haverá punição da associação se for para a prática reiterada. Assim, a análise conjunta do “caput” do art. 35 com seu parágrafo único, bem dão a dimensão da intenção do legislador quando da redação da nova lei. Isto é, se a associação visar o crime de tráfico de drogas (art. 33) não é necessária a intenção de praticar mais de um único delito; já se a associação for para a prática do crime de financiamento do tráfico, somente se punirá a forma autônoma de associação se a conduta se dirigir para a prática necessariamente reiterada.

Logo, o que se percebe é que o legislador da Lei 6.368/76 criou um **problema** quase insolúvel ao não exigir a prática reiterada de crimes de tráfico em associação e, ao mesmo tempo, criar a equivocada figura da causa de especial aumento com o mesmo nome. Foi por conta deste equívoco legislativo que se construiu a exegese de exigir estabilidade para a tipo autônomo, relegando a co-autoria ocasional para a causa de especial aumento. Procurou-se dar uma lógica ao tropeço legislativo. Aliás, outra tese também foi sustentada para tentar empregar uma compreensão da associação como causa de especial aumento que foi fazer sua vinculação com o restante da redação do inciso III do art. 18 da Lei velha, isto é, com associação que visasse menores de 21 anos, maiores de 60 anos, ou quem tenha capacidade de

discernimento ou autodeterminação diminuída ou suprimida. O próprio extinto Tribunal de Alçada do Paraná tinha esse entendimento, com várias decisões neste sentido.

Na questão, vale também destacar, a título ilustrativo, a explicação da doutrina, trazida de forma precisa por GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA e PAULO HENRIQUE ARANDA FULLER, em sua obra **Legislação Penal Especial**, São Paulo: Siciliano, 2004, p. 142, quando afirmam:

*“Duas ou mais pessoas associadas para o fim de praticar os crimes definidos nesta Lei. São necessários os requisitos de estabilidade e permanência, como a do crime de quadrilha do Código Penal? Prevalece que sim, apesar da dicção legal “reiteradamente ou não”. **Acreditamos que, no caso, a jurisprudência foi obrigada a adequar os termos da lei à possibilidade de compreensão coerente do presente artigo com a causa de aumento do artigo 18, III, que parecia incidir nos mesmos fatos.**”*

Ou seja, a nova lei “arrumou” o “problema” de interpretação existente na lei velha, de tratar como causa de especial aumento, uma questão que era, desde já, considerada como delito autônomo. Em outras palavras, o que se extrai da nova lei é que agora também a co-autoria simples, sem estabilidade, caracteriza o crime autônomo de associação para o tráfico.

Toda essa exegese, *data venia*, passa ao largo do entendimento dominante, para que se possa bem compreender o modo de interpretar o art. 35, inclusive em relação a seu parágrafo único, que sequer foi objeto de consideração do julgado.

Destarte, em relação ao crime de associação para o tráfico de drogas não há lei penal melhor no novo regime, adotando-se o princípio da ponderação unitária (compara-se o texto novo e o texto anterior na integralidade e se verifica, à vista de suas integralidades, qual é mais benéfico). O sistema novo, ao não manter a equivocada causa de especial aumento da lei velha, manteve a punição da co-autoria simples como tipo penal autônomo, inclusive, aumentando a pena máxima de 06 (seis) anos para 10 (anos), “arrumando” outro equívoco criado pelo legislador quando da edição da lei dos crimes hediondos em 1990,

ocasião em que, em seu art. 8º¹, demonstrando o pouco trato na matéria penal, fez alusão à quadrilha ou bando para tráfico, querendo aumentar a pena, mas provocando o efeito reverso, de diminuição da pena prevista para o crime de associação para o tráfico, que já era maior do que o art. 288 do C.P. estabelecia, e passou a contar com o preceito da lei 6368/76 e com a sanção estabelecida no art. 288 com a redação dada pela lei 8072/90.

Portanto, não há, aqui, “*lex mitior*”.

É certo que existem os partidários da teoria da ponderação diferenciada, que permite a combinação da parte melhor da lei nova com, no mais, o texto antigo, em tema de sucessão de leis penais. É a linha que parecem ter seguido os entendimentos dominantes, pois mantém a aplicação da lei vigente ao tempo do crime – Lei 6368/76 – mas faz retroagir um aspecto da lei nova – não repetição da causa de especial aumento – como se fosse um benefício para o réu.

Como se vê, trata-se de combinação da lei antiga com a nova. Quanto aos balizadores mínimo e máximo, adota-se a lei antiga, vigente para o ato (“*tempus regit actum*”). Quanto à não repetição da causa de especial aumento, retroage por ser nova e aparentemente melhor.

Assim, sendo importante para o prequestionamento da matéria, com a finalidade da mesma ser deduzida perante os órgãos de superposição – STJ e STF – torna-se necessário que explicita se houve adoção da teoria da ponderação diferenciada para viabilizar a aplicação do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal ao delito de associação para o tráfico, fazendo-o motivadamente, já que se defende a tese que não é possível tal raciocínio, à luz do que disciplina o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, que fala em retroatividade de “lei” mais benéfica e não de partes do artigo (“***A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória, transitada em julgado***” – grifo nosso) e também porque é temerário permitir-se a criação de um terceiro e indevido tipo penal, sem qualquer balizador de critério, como se expõe a seguir, também no sentido de obter-se integração do julgado.

¹ “Art. 8º. Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins** e terrorismo.”

3. ANÁLISE DOS LIMITES DA ADOÇÃO DA PONDERAÇÃO

DIFERENCIADA.

A adoção da teoria da ponderação diferenciada (não declarada, porém implícita nos entendimentos dominantes, inclusive do TJMS), mais liberal, no sentido de permitir a combinação de textos legais, ainda assim comporta limites.

O mais importante deles concerne ao respeito à autonomia dos dispositivos combinados, vazado em termos: conquanto se permita a combinação de trechos da lei antiga e da lei nova, de maneira a obter-se a “*lex mitior*”, **jamais esta combinação pode violar a integridade ou autonomia dos dispositivos combinados**. Por isso, é inviável a cisão de frases, ou o desmembramento de artigo. Bem explica TAIPA DE CARVALHO (*Sucessão de Leis Penais*. Coimbra: Coimbra ed., 1990, p. 154):

“...a ponderação diferenciada, considerada a complexidade de cada uma das leis e a relativa autonomia de cada uma das disposições, defende que deve proceder-se ao confronto de cada uma das disposições de cada lei, podendo, portanto, acabar por se aplicar ao caso ‘sub iudice’, disposições de ambas as leis”.

Há evidente quebra da integridade ou autonomia do dispositivo contido no art. 35 e seu parágrafo único da Lei 11.343/06, quando combinado com o velho regime (Lei nº 6368/76).

Assim, não obstante a orientação doutrinária dominante no Brasil incline-se pela possibilidade da combinação dos dispositivos legais, certamente refoge ao texto expresso do art. 2º, parágrafo único, do CP, que não menciona “os dispositivos da lei”, porém “a lei”, no singular, o que conduz à noção de que são cotejadas as leis nova e antiga em suas integridades, e não os dispositivos delas. Noutros termos, a exegese literal do art. 2º, do CP, permite concluir que a redação do Código está vazada em termos compatíveis com a teoria da ponderação unitária.

De todo modo, no caso vertente, assinala-se que, por ambas as teorias, é inviável a solução dominante, que fez retirar a antiga causa de especial aumento, “*pari*

passu” à aplicação da pena do crime em sua mera forma básica, segundo prevista pela lei do tempo do ato (lei antiga)

Verifica-se com clareza que há um limite no emprego da teoria da ponderação diferenciada: combinam-se disposições de uma lei e outra, i. é, artigos de uma lei e outra. Não é viável – repise-se – a cisão de dispositivos legais no meio. Por exemplo, não pode ser aplicada uma frase até a metade, ou uma frase inteira, exceto a palavra “não”.

Nesse sentido, valem os ensinamentos do Promotor de Justiça do Estado do Paraná Fábio André Guaragni (*A Revelia e a Suspensão do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 61), quando do trato de outra questão similar à presente:

“...a admissão de que é possível ao julgador tomar dispositivos de leis diversas, combinando-as numa lex tertia in mellius, impõe ao menos que estes estejam claramente definidos em lei, quanto à sua forma de aplicação, não sendo possível – quer-nos parecer – o transporte de parte do dispositivo, fazendo desaparecer seu conteúdo primitivo quando aplicado ao caso concreto”.

O C. STJ já enfrentou situações idênticas. A Lei nº 9.271/96, que criou a atual redação do art. 366, CPP, por exemplo. O dispositivo determina a suspensão do processo e do prazo prescricional quando o réu não comparece, nem constitui defensor, quando citado por edital. A Instância Rara rechaçou a cisão do art. 366 do CPP ao meio, afastando a tese de que a suspensão do processo era de aplicação imediata e a suspensão da prescrição só valeria para casos novos. Analisou o dispositivo de modo global e concluiu que, na sua autonomia e inteireza, era “novatio legis in pejus” – pela preponderância da mudança penal material (prescrição) sobre a processual penal (suspensão do processo), de maneira que os casos pendentes em que havia réu revel tiveram continuidade dos atos processuais. Assim, v.g., STJ RHC 6.262/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER; no mesmo passo, STJ RHC 6.142/SP (96.79184-8), Rel. Min. JOSÉ DANTAS. Também o C. STF, em HC 74.695-1/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO.

De fato, não se pode, em nome da adoção da teoria mais liberal da ponderação diferenciada, quebrar-se “em parte” o dispositivo legal que se pretende combinar com o antigo regime legal. A “relativa autonomia” do dispositivo, de que fala TAIPA DE CARVALHO, exige respeito por parte do órgão julgador.

5. CONCLUSÃO.

Diante do exposto, a título de suscitar a reflexão mais aprofundada do tema, inclusive provocando-se as cortes para permitir a verificação integral do pensamento em tema de sucessão de leis penais.

De qualquer sorte, orienta-se no sentido da inviabilidade da solução que majoritariamente vem sendo adotada, cindindo o regramento legal e combinando-o com o antigo ordenamento.