



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

**MANOEL FELIPE AVELINO OLIVEIRA**

**A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS EM BENEFÍCIO DO RÉU SOB O PRISMA DA  
INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**FORTALEZA/CE**

**2019**

MANOEL FELIPE AVELINO OLIVEIRA

A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS EM BENEFÍCIO DO RÉU SOB O PRISMA DA  
INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Ceará como requisito  
para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Lino Edmar de Menezes.

FORTALEZA/CE

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

- O48c Oliveira, Manoel Felipe Avelino.  
A combinação de leis penais em benefício do réu sob o prisma da interpretação das normas de direitos fundamentais / Manoel Felipe Avelino Oliveira. – 2019.  
66 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2019.  
Orientação: Prof. Me. Lino Edmar de Menezes.
1. Combinação. 2. Leis penais. 3. Efeito retroativo. 4. Interpretação. 5. Direitos fundamentais. I. Título.  
CDD 340
-

MANOEL FELIPE AVELINO OLIVEIRA

A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS EM BENEFÍCIO DO RÉU SOB O PRISMA DA  
INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Ceará como requisito  
para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Lino Edmar de Menezes.

Aprovado em \_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Me. Lino Edmar de Menezes (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Sidney Guerra Reginaldo  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Daniel Maia  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, pelo Dom da Vida, oportunidades e aprendizado.

A minha família.

A todos que contribuíram para meu desenvolvimento pessoal e profissional.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Me. Lino Edmar de Menezes, pela orientação prestada para a produção deste trabalho.

Aos professores participantes da Banca Examinadora Sidney Guerra Reginaldo e Daniel Maia, pelas valiosas colaborações e sugestões, especialmente ao professor Sidney Guerra, ao qual fui monitor por dois anos.

À advogada Dra. Juliana Freitas de Melo, pelas sugestões, reflexões e críticas recebidas.

“Quero ver o direito brotar como fonte e correr  
a justiça qual riacho que não seca” (Am 5,24)

“Serás libertado pelo direito e pela justiça” (Is  
1,27)

## RESUMO

Continua a ser discussão recorrente na doutrina se é possível a combinação de leis penais a fim de favorecer a situação do réu. Em verdade, existe a previsão constitucional que a lei penal apenas retroage, aplicando-a a fatos pretéritos, se isso resultar em tratamento mais benéfico ao réu. No entanto, discute-se se na aplicação desse efeito retroativo se deve aplicar a lei posterior mais branda em sua integridade, ou se é possível aplicar apenas a parte que favorece o réu, continuando a aplicar a lei anterior naquilo que mais o beneficie. Em suma: se é possível aplicar a parte mais favorável da norma posterior com a mais favorável da anterior, simultaneamente. Ocorre que este trabalho possui como objetivo geral tratar esta temática abordando-a com base na interpretação dos Direitos Fundamentais. Assim, para se responder este questionamento, utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica, tanto nacional como estrangeira, especialmente na análise da doutrina de Direito Penal, Constitucional e de Direitos Fundamentais. Além disso, examinou-se a legislação nacional acerca dessa temática, bem como foi explorado a legislação internacional a fim de que se fosse compreendido como esse assunto é tratado em outros países. Ademais, foi realizado um estudo cronológico das decisões do Supremo Tribunal Federal com a finalidade de compreender o posicionamento desse órgão acerca dessa temática. Como objetivos específicos, busca-se apresentar como se dá a divisão dos poderes no Brasil, a criação e aplicação no tempo da norma penal, o efeito da retroatividade da lei penal posterior mais benéfica e como identificá-la, o posicionamento doutrinário e do STF e, por fim, como deve ser realizada a interpretação dos direitos fundamentais. O principal argumento levantado pela doutrina contrária à combinação se sustenta no fato de que isso violaria o princípio da separação de poderes, pois o julgador estaria agindo como um legislador criando uma terceira lei. Por sua vez a doutrina favorável à combinação sustenta que a norma constitucional não impõe restrição à como se dá essa retroatividade. O Supremo, após diversas alterações em seu entendimento, fixou tese contrária à combinação. No entanto, isso não fez cessar a discussão doutrinária e nem significa que o Supremo não possa alterar seu posicionamento. A escolha do tema se deu para apresentar novos argumentos a esse debate. Em verdade, por se tratar de norma constitucional de direitos fundamentais, a solução para essa discussão está no alcance da interpretação dessas normas. Assim, o resultado que se tem, a partir da melhor interpretação e aplicação dada às normas constitucionais de direitos fundamentais é de ser possível a combinação de leis penais para favorecer o réu.

**Palavras-chave:** Combinação. Leis penais. Efeito retroativo. Situação do réu. Interpretação. Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

It remains a recurring discussion in the doctrine whether it is possible to combine criminal laws in order to favor the defendant's situation. In fact, there is a constitutional provision that the criminal law only retroacts if it results in a more beneficial treatment for the defendant. However, it is discussed whether this retroactive effect should apply the softer later law entirely, or whether it is possible to apply only the part of the new law that favors the defendant, while continuing to apply the terms of the earlier law that benefits the defendant. In sum: if it is possible to combine the application of the earlier law and the later law, in its beneficial parts, simultaneously. This paper has as its general objective to analyse this subject by approaching it with the interpretation of Fundamental Rights. Thus, to answer this question, the methodology used was the bibliographic revision, both national and foreign, especially in the analysis of the doctrine of Criminal Law, Constitutional and Fundamental Rights. In addition, the national legislation on this subject was examined, as well as international legislation was explored in order to understand how this discussion is conducted in other countries. Furthermore, a chronological study of some decisions of the Brazilian Supreme Court was conducted in order to understand the position of this court on this issue. As specific objectives, there is to present how the division of powers occurs in Brazil, the creation and application through the time of the criminal law, the effect of the retroactivity of the later most beneficial criminal law and how to identify it, the position of the doctrine and the Supreme Court and, finally, how the interpretation of fundamental rights should be applied. The main argument raised by the doctrine contrary to this possibility rests on the fact that this would violate the principle of separation of powers, since the judge would be acting as a legislator creating a third law. In turn, the doctrine favorable to the combination holds that the constitutional norm doesn't restrict the way this retroactivity occurs. The Supreme Court, after several modifications in its understanding, has established a thesis contrary to the combination. Although, this did not end the doctrinal discussion and does not mean that the Supreme Court cannot change its position. This theme was chosen to present new arguments to this debate. In fact, as it is a constitutional norm of fundamental rights, the solution to this discussion rests in the interpretation of these norms. Ergo, the result of the best interpretation and application given to the constitutional norms of fundamental rights is that it is possible to combine criminal laws to favor the defendant.

**Keywords:** Combination. Criminal laws. Retroactive effect. Defendant's situation. Interpretation. Fundamental rights.

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 01 – Evolução jurisprudencial do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a combinação de leis penais para favorecer o réu .....	41
---	----

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Acre
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ag.Reg.	Agravo Regimental
Art.	Artigo
CCB	Código Civil brasileiro
CFB	Constituição Federal brasileira
CJ	Conflito de Jurisdição
CN	Congresso Nacional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPB	Código Penal brasileiro
CPMB	Código Penal Militar brasileiro
DF	Distrito Federal
DJUE	Diário da Justiça Eletrônico
EC	Emenda Constitucional
Em.Decl.	Embargos de Declaração
HC	<i>Habeas corpus</i>
Inc.	Inciso
J.	Julgado
LICP	Lei de Introdução do Código Penal
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MG	Minas Gerais
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
MP	Medida Provisória
MPF	Ministério Público Federal
MS	Mato Grosso do Sul
P.	Página
PI	Piauí
PL	Projeto de Lei
PNCPB	Projeto do Novo Código Penal brasileiro
PR	Paraná
RE	Recurso Extraordinário

RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
RISTF	Regimento Interno do STF
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
SP	São Paulo
Sr.	Senhor
STF	Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
SV	Súmula Vinculante
TDFT	Tribunal do Distrito Federal e Territórios
TJs	Tribunais dos Estados
TMs	Tribunais Militares
TREs	Tribunais Eleitorais
TRFs	Tribunais Regionais Federais
TRT	Tribunais do Trabalho
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TST	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	NOÇÕES ELEMENTARES ATINENTES À COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS.....	14
2.1	A divisão dos poderes no Brasil.....	14
2.2	Competência para legislar acerca de Direito Penal.....	18
2.3	Lei penal no tempo e a retroatividade da norma incriminadora mais benéfica ao réu.....	20
2.4	Critérios para identificar a <i>lex mitior</i> .....	26
3	ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.....	29
3.1	Estudo doutrinário.....	29
3.1.1	<i>Opiniões doutrinárias contrárias à combinação de leis penais para favorecer o réu</i> .....	30
3.1.2	<i>Opiniões doutrinárias favoráveis à combinação de leis penais para favorecer o réu</i> .....	32
3.2	Estudo jurisprudencial.....	33
3.2.1	<i>Evolução histórica da jurisprudência do STF</i> .....	35
3.2.2	<i>Quadro informativo da evolução jurisprudencial do STF</i> .....	41
4	UMA NOVA VISÃO PELA COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS .....	44
5	O ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	47
5.1	O que é interpretar?.....	47
5.2	O que são os direitos fundamentais?.....	48
5.3	Espécies/métodos de interpretação.....	49
5.3.1	<i>Interpretação subjetiva/original vs Interpretação objetiva/não-original</i> .....	49
5.3.2	<i>Interpretação declarativa vs Interpretação restritiva/estricta vs Interpretação extensiva/ampliativa</i> .....	51
5.3.3	<i>Interpretação clássica vs Interpretação científico-espiritual vs Interpretação tópica vs Interpretação hermenêutica-concretizadora vs Interpretação jurídica-estruturante</i> .....	51
5.3.4	<i>Princípio da concretização normativa, da máxima efetivação dos direitos fundamentais e do in dubio pro reo</i> .....	53
5.4	“E agora José?”.....	54
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>58</b>
-------------------------	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal possui, dentre outras, a função de descrever condutas, comissivas ou omissivas, repudiadas pela sociedade, e por isso consideradas crimes, atribuindo-lhes uma pena, em regra proporcional ao dano causado. Ocorre que, a dinamicidade das relações humanas, somada à mora legislativa, acaba por criar lacunas no ordenamento jurídico. Nesses casos, resta à doutrina e à jurisprudência expor meios de solução para o caso.

Por exemplo: Tício, movido pela inveja, mata seu colega de trabalho Tibério, que acabara de ser promovido. No momento da ação homicida vigorava a lei X, segundo a qual essa conduta é punida com pena 3 a 5 anos. Ocorre que no mês anterior ao julgamento de Tício, a lei X foi revogada pela lei W. A nova norma passou a prever que o homicídio seria punido com pena de 1 a 6 anos e multa. Levando-se em consideração que a lei penal não retroage, exceto para favorecer o réu, conforme será explicado mais detalhadamente no curso deste trabalho, no julgamento de Tício qual lei deve ser aplicada nesse exemplo hipotético? Qual das leis (X ou W) é a mais benéfica? Poderia o juiz aplicar simultaneamente ambas as leis na parte em que mais se aproveita ao réu?

O presente trabalho tem por objetivo responder a essas indagações. Para tanto, como metodologia, foi realizado um estudo doutrinário e legal, tanto nacional como estrangeiro, envolvendo a possibilidade de se combinar leis penais para favorecer o réu. Utilizou-se de doutrinas clássicas, mas sem excluir autores modernos, tendo em vista que, muitas vezes, a didática utilizada por esses facilita a compreensão do trabalho. Assim, deseja-se uma leitura fluida, sem o uso de palavras ou frases rebuscadas, tornando o trabalho acessível e compreensível a todos que possuem interesse em lê-lo, atuantes ou não no Direito. Em verdade, toda pesquisa deve ser acessível à sociedade, e a linguagem utilizada é uma forma de tornar isso possível.

Além disso, foi realizado um estudo da legislação brasileira sobre esse tema, incluindo a Constituição Federal brasileira (CFB), bem como da legislação estrangeira, a fim de se apresentar como essa temática é tratada em outros países, e de tratados internacionais. No entanto, não basta para a exploração sobre o estudo acerca da combinação de leis penais apenas o estudo doutrinário e legal. Em verdade, faz-se necessário, também, uma análise cronológica das decisões prolatadas pelo tribunal responsável pela proteção e aplicação das normas constitucionais: o Supremo Tribunal Federal (STF).

Para a realização desse estudo, o trabalho foi dividido em quatro partes: inicialmente se expõe algumas noções básicas necessárias para a compreensão do tema, tais como a divisão dos poderes no Brasil, a lei penal no tempo e o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica; após, é realizada uma análise doutrinária, apresentando os argumentos daqueles que são a favor ou contra a combinação de leis penais, seguido de um estudo histórico dos julgados do STF sobre essa temática; em seguida, é exibida uma nova visão sobre a combinação de leis penais com base na interpretação dos direitos fundamentais; por fim, a partir das referidas análises, propor-se-á a conclusão em maior consonância com a interpretação constitucional dos direitos fundamentais.

## **2 NOÇÕES ELEMENTARES ATINENTES À COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS**

Antes de se adentrar propriamente na análise da possibilidade de combinação de leis penais, unindo-se uma lei posterior a outra anterior nas partes que mais assistem ao acusado, é necessário tecer algumas considerações iniciais acerca de temáticas como a divisão dos poderes no Brasil e a identificação da lei penal mais benéfica.

Embora, a princípio, pareçam ser informações desconexas e estranhas ao objetivo principal do presente estudo, em verdade mostram-se cruciais para o entendimento dos argumentos levantados pela doutrina no tocante a essa temática e para a compreensão dos fundamentos das decisões judiciais envolvendo essa questão.

No entanto, cumpre ressaltar que não se pretende realizar um estudo detalhado e aprofundado acerca de cada um dos temas a seguir, haja vista não serem objeto principal deste trabalho e ante a possibilidade de se acrescentar informações das quais se prescindem para o estudo da combinação das leis penais para favorecer o réu. Pretende-se apenas destacar alguns pontos mais relevantes e imprescindíveis para o entendimento do objeto deste trabalho.

### **2.1 A divisão dos poderes no Brasil**

A Constituição Federal brasileira (CFB) dispõe, em seu artigo 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”

Em verdade, a divisão de poderes adotada pelo Brasil é inspirada na Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, em sua obra o “O Espírito das Leis” (1748), embora

Aristóteles, na obra “A Política” (1298a), dentre outros filósofos, como Jonh Locke, já defendessem a corrente tripartite dos poderes como forma de evitar sua concentração em uma única pessoa ou ente, capaz de levar a várias injustiças e tiranias, adotando-se, assim, o sistema de freios e contrapesos (“*checks and balances*”).

No entanto, cabe ressaltar, como ensinam NERY JUNIOR e ROSA NERY (2017), que verdadeiramente não existem, a rigor, três poderes, mas somente um Poder Estatal “uno e indivisível”, sendo exercido por meio da função legislativa, administrativa e jurisdicional. O que ocorre é uma atecnia do legislador constituinte ao denominar de “Poderes” o Legislativo, Executivo e Judiciário.

Reforçando o pensamento acima, FLÁVIO MARTINS JÚNIOR (2018) assim expõe:

O que se convencionou chamar de separação dos Poderes é mais propriamente denominado de separação das funções estatais. Isso porque o Estado é uno, tendo um único poder, indivisível, portanto. As funções exercidas pelo Estado é que são distintas, exercidas por órgãos distintos. Aliás, essa é a nomenclatura utilizada pela Constituição do Equador, que prevê as seguintes funções estatais (Función Legislativa, Función Ejecutiva, Función Judicial y Justicia Indígena, Función de Transparencia y Control Social e Función Electoral).

Acerca da teoria de Montesquieu, explica BONAVIDES (2000) que cada poder possui sua atribuição bem definida: o Legislativo faz as leis, o Executivo cuida de estabelecer a paz, a segurança e prevenir invasões externas, e o Judiciário julga os crimes dissídios da ordem civil. Para Montesquieu, a liberdade só é possível enquanto esses poderes não se concentrarem em uma única pessoa, pois cada um exerce controle sobre os demais fazendo uso da chamada “faculdade de impedir”, precursora do sistema “*checks and balances*”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2005, p. 106) ainda advoga que as expressões Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário possuem duplo sentido, pois “exprimem, a um tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos”.

No entanto, é incabível que um poder exerça exclusivamente sua função sem adentrar na dos outros. JOSÉ AFONSO DA SILVA (2005, p. 111) cita como exceção à separação dos poderes o fato de que deputados e senadores exerçam funções de Ministro de

Estado junto ao Poder Executivo, bem como a autorização constitucional de convocação dos Ministros de Estado perante o Poder Legislativo Federal<sup>1</sup>.

De modo mais didático, LENZA (2016) ensina que os três poderes possuem funções típicas (predominantes) e atípicas (não predominantes). Dessa forma, o Poder Legislativo tem como função típica legislar e realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Poder Executivo, e como atípica dispor sobre sua organização (natureza executiva) e julgar, como ocorre quando o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade<sup>2</sup> (natureza jurisdicional). Para ARISTÓTELES (2011, p. 85) “é ao legislador que compete colocar o Estado ao abrigo de discórdias”. Já para SÓCRATES (apud ARISTÓTELES, 2011) o legislador deve fazer feliz todo o Estado, e ao criar as leis deve o fazer visando ao país e aos homens.

O Poder Executivo, por sua vez, pratica atos de administração e de chefia de Estado e de Governo como função típica, por meio do Presidente da República, Chefe do Executivo, e como função atípica pode o Presidente elaborar Medida Provisória (MP) com força de lei<sup>3</sup> (natureza legislativa), além de julgar defesas e recursos em processo administrativo (natureza jurisdicional).

Por fim, o Poder Judiciário tem por funções típicas julgar, aplicando o direito (lei) no caso concreto, e buscar dirimir os conflitos que lhe são levados, e por função atípica dispor

---

<sup>1</sup> CFB, Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada.

§ 1º Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

§ 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não - atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

<sup>2</sup> CFB, Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

<sup>3</sup> CFB, Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

acerca dos seus regimentos interno<sup>4</sup> (natureza legislativa) e sobre sua organização (natureza executiva), como a organização de suas secretarias<sup>5</sup> e concessão de férias aos seus servidores<sup>6</sup>.

Cabe ressaltar, como lembra LENZA (2016), que “mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário”.

Na CFB, a Organização dos Poderes está disciplinada nos artigos 44 a 135, no Título IV, sendo o Capítulo I (artigos 44 a 75) reservado ao Poder Legislativo, o Capítulo II (artigos 76 a 91) ao Poder Executivo e o Capítulo III (artigos 92 a 126) ao Poder Judiciário. Já o Capítulo IV (artigos 127 a 135), embora integrem o Título referente à Organização dos Poderes, tratam do Ministério Público, Advocacia Pública e Privada e da Defensoria Pública.

Em linhas gerais, o Poder Legislativo, conforme a CFB, “é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (artigo 44). Adotou-se, assim, o sistema bicameral.

Poder Executivo, por sua vez, “é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado” (artigo 76).

Por fim, o Poder Judiciário é composto pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunais Regionais Federais (TRFs), Juízes Federais, Tribunais do Trabalho (TRT), Juízes do Trabalho, Tribunais Eleitorais (TREs), Juízes Eleitorais, Tribunais Militares (TMs), Juízes Militares, Tribunais dos Estados (TJs), Juízes dos Estados, Tribunal do Distrito Federal e Territórios (TDFT) e Juízes do Distrito Federal e Territórios, conforme o artigo 92 da CFB.

---

<sup>4</sup> CFB, Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

<sup>5</sup> CFB, Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

<sup>6</sup> CFB, Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados.

Embora não estejam previstos expressamente no artigo 92 da CFB, como está o SJT, também são órgãos do Poder Judiciário o Superior Tribunal Militar (STM), previsto no artigo 122, inciso I, e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), previsto no artigo 118, inciso I, ambos da CFB. Conhecendo-se como se organizam os poderes no Brasil, necessário agora compreender qual ou quais possuem a competência para elaborar leis penais.

## 2.2 Competência para legislar acerca de Direito Penal

Afora a repartição dos poderes, a CFB adotou o sistema federativo, que, nas palavras de Jellinek, trata-se de um “Estado soberano, formado por uma pluralidade de Estados, no qual o poder do Estado emana dos Estados-membros, ligados numa unidade estatal” (apud BONAVIDES, 2000).

Desse modo, o Brasil possui sua organização política-administrativa dividida entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, conforme art. 18 da CFB. Em se tratando de matéria de Direito Penal, é competência privativa da União legislar acerca desse assunto<sup>7</sup>.

Nas palavras de NERY JUNIOR e ROSA NERY (2017):

A competência dada ao Poder Legislativo da União para legislar sobre as matérias descritas na norma comentada é privativa. Isso significa exclusividade nos planos horizontal e vertical, de modo que ao Congresso Nacional é vedado delegar sua competência legislativa privativa aos Poderes Executivo e Judiciário, bem como aos Estados-membros e Municípios. A proibição de delegar decorre não apenas da disposição expressa no caput do CF 22, quando diz ser essa competência privativa, mas é ínsita ao sistema constitucional brasileiro.

No entanto, a própria CFB, em seu parágrafo único do artigo 22<sup>8</sup>, permite a delegação de sua competência privativa para que, exclusivamente, os Estados-membros possam legislar acerca das matérias constantes nesse artigo, fenômeno que o STF denomina de “competência privativa delegada”<sup>9</sup>.

Perceba-se que o parágrafo único do artigo 22 permite a delegação de competência do Poder Legislativo da União ao Poder Legislativo do Estado-membro. Há, portanto, uma

---

<sup>7</sup> CFB, Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

<sup>8</sup> CFB, Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

<sup>9</sup> STF, Pleno, ADIn 4391, rel. Min. Dias Toffoli, j. 2.3.2011, DJUE 20.6.2011.

delegação vertical de competência (da União ao Estado-membro), permanecendo-se no mesmo Poder (Legislativo).

Tamanha foi a preocupação do legislador constituinte em proibir os outros Poderes de tratarem sobre matéria de Direito Penal que vedou o Congresso Nacional (CN) de delegar ao Presidente da República a elaboração de lei penal<sup>10</sup> e a edição de MP acerca dessa temática<sup>11</sup>. Isso se deve ao elevado grau de participação popular – representado pelos deputados federais e senadores –, contando ainda com a sanção do Presidente da República, que o processo legislativo possui, ao contrário da edição de uma MP ou de uma lei criada pelo Presidente da República por delegação do CN.

Em se tratando de uma MP, como ensina LENZA (2016), ela “é adotada pelo Presidente da República, por ato monocrático, unipessoal, sem a participação do Legislativo”. Percebe-se, logo, que a elaboração de uma MP não possui o grau de discussões e representação popular que o processo de criação de uma lei – em sentido estrito<sup>12</sup> –, em tese, possui.

Nas palavras de ROGÉRIO GRECO (2017),

Levando em consideração o sistema representativo por nós acolhido no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, devemos entender que toda vez que o sistema jurídico-penal é inovado com a criação ou abolição de figuras típicas é sinal de que a sociedade assim o quis, e para tanto valeu-se do único instrumento para isso indicado, que é a lei ordinária.

Somente por intermédio de lei ordinária, portanto, em obediência aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, é que se pode legislar em matéria penal.

Ocorre que o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 254.818/PR, ao discutir os benefícios da MP 1571/97<sup>13</sup>, o qual previu a extinção da punibilidade no caso de

<sup>10</sup> CFB, Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

<sup>11</sup> CFB, Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

- relativa a:

(...)

b) direito penal, processual penal e processual civil;

<sup>12</sup> Em linhas gerais, lei em sentido estrito é aquela que “nasce” no Poder Legislativo, enquanto que lei em sentido amplo são outros atos normativos jurídicos com gênese em outras fontes.

<sup>13</sup> Dispõe sobre amortização e parcelamento de dívidas oriundas de contribuições sociais e outras importâncias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, e pelas

parcelamento de débitos tributários e previdenciários, decidiu pela admissibilidade de MP em favor do réu. No entanto, como lembra SANCHES (2015), a referida Medida foi editada antes da criação da Emenda Constitucional (EC) 32/2001<sup>14</sup>, que vedou a elaboração de MP com conteúdo penal. Porém, destaca o mesmo professor a existência de MPs, após o advento dessa EC, tratando de material penal favorecendo a situação do réu, como aquelas decorrentes do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003). Assim, conforme a interpretação do STF, admite-se a edição de MP com conteúdo penal, desde que em benefício do réu.

### **2.3 Lei penal no tempo e a retroatividade da norma incriminadora mais benéfica ao réu**

Legislada a lei penal, é necessário compreender como se dá sua aplicação no tempo. Assim, o estudo da lei penal no tempo possui como objetivo não apenas compreender qual lei se aplica ao fato criminoso, mais o ciclo de vida da norma penal. Desse modo, nos moldes do artigo 1º do Código Penal brasileiro (CPB), Decreto-lei 2.848/40, em consonância com o inciso XXXIX, artigo 5º da CFB, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A lei penal, após o processo legislativo, segue a regra geral prevista no artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), passando a vigorar, em todo o País, posteriormente ao transcurso de quarenta e cinco dias passados da sua publicação oficial.

Em regra, aplica-se o brocardo jurídico *tempus regit actum*, ou seja, o fato é regulado pela lei vigente ao tempo da sua realização. No Direito Penal, o CPB estabelece, em seu artigo 4º, que “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. Portanto, a lei vigente ao tempo da conduta (ação ou omissão) é que se aplica ao caso.

Ocorre que há casos em que a lei penal continua a ter eficácia sobre fatos passados mesmo após sua revogação ou cessação de efeitos (fenômeno da ultratividade) ou é aplicada a fatos pretéritos, ocorridos antes da sua produção de efeitos (fenômeno da retroatividade).

Nesse sentido, dispõe o artigo 2º do CPB que “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória” – fenômeno da *abolitio criminis*. Complementando esse

---

entidades e hospitais integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS, ou com este contratados ou conveniados, introduz alterações na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e dá outras providências.

<sup>14</sup> Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências.

raciocínio, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que se aplica a fatos passados a lei nova “que de qualquer modo favorecer o agente”, mesmo nos casos em que tenham ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal. Destaca-se que, além da previsão legal, a CFB também veda a retroatividade da lei penal, salvo nos casos para beneficiar o réu<sup>15</sup>. Além disso, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica também está positivado na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos<sup>16</sup> e no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos<sup>17</sup>.

O principal fundamento para a elaboração de uma lei penal que estabelece punição menos severa ao infrator é o fato de que, com o passar do tempo, a sociedade passou a ser mais compassiva quanto ao ato delituoso, motivo que leva a uma reprimenda mais branda. Se agora a sociedade não elabora um juízo de reprovabilidade da conduta como antes o fazia, não subsistem motivos para continuar a punir o infrator do mesmo modo.

Não obstante, nem sempre se admitiu a retroatividade da lei penal mais benéfica em favor do réu. Como direito e garantia fundamental, sua positivação se deu ao longo do tempo, visando à proteção do indivíduo frente ao poder estatal, tal qual toda conquista de direitos, especialmente com as revoluções burguesas<sup>18</sup>.

Desse modo, passaram a existir duas teorias: da irretroatividade e da retroatividade. A primeira se divide na irretroatividade absoluta e na irretroatividade da lei, exceto no caso de ser mais benigna. Aquela dá demasiada importância à coisa julgada e à relação jurídica constituída entre o Estado e o infrator no momento do ato criminoso<sup>19</sup>. Já a segunda se baseia

---

<sup>15</sup> CFB, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

<sup>16</sup> Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delincente será por isso beneficiado.

<sup>17</sup> Artigo 15 1. ninguém poderá ser condenado por atos omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delincente deverá dela beneficiar-se.

<sup>18</sup> Movimentos ocorridos principalmente nos séculos XVII e XVIII ligadas ao comércio e ao regime de governo. São exemplos desses movimentos as revoluções Puritana e Gloriosa, ocorridas na Inglaterra, e a Revolução Francesa de 1789.

<sup>19</sup> Nas palavras de SEBASTIÁN SOLER (1951, p. 208), “*la relación jurídico-penal queda firme y definitivamente establecida por el delito mismo, com referencia a la ley vigente em la época de su comisión, y esa relación no puede em ningún sentido ser alterada por el derecho posterior. Se habla aun de um derecho del sujeto a la pena establecida em la ley transgredida*”.

em razões de política criminal, adequação social, equidade e justiça. De fato, se a lei penal somente pode ser revogada por outra de mesma ou superior hierarquia, e considerando-se que a nova lei percorreu o devido processo legislativo, cujo resultado, em tese, é o querer da sociedade, consubstanciado nos legisladores eleitos, numa última análise a revogação de um crime, ou diminuição da pena, entre outras medidas a favor do réu, decorre da maior aceitação social daquela conduta antes considerada criminosa, de modo que mereça um tratamento mais brando. Ademais, poderia ocorrer situações em que dois sujeitos, com a mesma conduta delitativa, praticada em um intervalo de vinte e quatro horas, sejam condenados de forma diferente, isso porque em um dia a lei era uma, e no dia subsequente era outra.

Por sua vez, para a teoria da retroatividade as leis não possuem efeito retroativo, mas sim vigência, compreendida desde sua criação até sua revogação. Nas palavras do professor argentino SEBASTIÁN SOLER (1951, p. 209), a retroatividade não é o propósito, e sim resultado<sup>20</sup>. Segundo essa teoria, aplica-se a lei vigente à época da sentença. Argumenta-se que, embora a lei seja retroativa com relação ao fato, não o é com relação à decisão<sup>21</sup>.

A teoria da retroatividade, do mesmo modo, divide-se na corrente absolutista e na relativista ou condicionada. Para a primeira corrente a nova lei decorre das necessidades atuais do Estado: se a pena para o delito é agravada deve-se ao fato de ser preciso uma maior repressão. No entanto, os absolutistas não admitem que uma lei nova incriminadora seja aplicada a um fato não criminoso antes de sua vigência, mas apenas no caso de uma mudança na penalidade, mantendo-se a conduta como criminosa, não devendo ser feita diferenciação entre a lei nova mais severa ou branda, aplicando-se igualmente aos fatos pretéritos<sup>22</sup>. Por sua vez, os defensores da teoria da retroatividade condicionada aproximam-se da teoria da irretroatividade da lei, salvo caso de ser mais branda ao acusado. No entanto, para aqueles a retroatividade (lembre-se que esta não se aplica se o fato não era criminoso, mas nos casos de alteração da

---

<sup>20</sup> Segundo SEBASTIÁN SOLER (1951, p. 209): “*la retroactividad es el resultado y no el propósito de la doctrina*”.

<sup>21</sup> Conforme o mesmo professor: “*esta doctrina se pronuncia por la aplicación del derecho vigente a la época de la sentencia, de modo que si bien la ley retroactiva con relación al hecho, no lo es con relación al fallo*”.

<sup>22</sup> “*La retroactividad absoluta de la ley nueva es sostenida en vía doctrinaria sobre la base de la significación de la nueva ley como apreciación de las necesidades actuales de la defensa, de modo que no se justificaría la imposición de una medida defensiva, cuya inadecuación está reconocida por el Estado mismo, puesto que modifica la ley*”.

*Como ya se ha dicho, nadie incluye en este punto de vista la posibilidad de hacer retroactiva una incriminación nova, sino que ello se considera solamente con relación al caso en que varía la sanción, hipótesis en la cual esa teoría no distingue que la nueva sea o no más severa: la aplica en todo caso.*

sanção) é a regra, sendo a exceção os casos em que a lei nova é mais severa<sup>23</sup>. Defendem, também, que não se deve aplicar a lei posterior mais branda nos casos de criminoso habitual, e não ser aplicável a lei nova mais rígida nos casos de crimine político<sup>24</sup>.

Em verdade, como ensina CAMPOS BATALHA (1980, p. 480), os juristas romanos não aplicavam a ideia de retroagir a lei penal favorável. Esse professor lembra, inclusive, que “Cícero, o insigne paladino da irretroatividade das leis, admitia a existência de crimes de natureza tão grave que poderiam ser retroativamente punidos”. O professor português CAEIRO DA MATTA (1911), do mesmo modo, defende a retroatividade da lei penal, quer seja para agravar a situação ou atenuá-la, pois, na sua concepção, a nova lei é mais justa. Porém, o mesmo ainda faz uma ponderação, tendo em vista que quanto mais antigo tenha sido o fato, mais difícil será aplicar a lei nova. Além disso, o professor português faz a distinção entre “*delicto natural e delicto legal*”. Para ele, é devida a retroatividade da lei maléfica “*quando se trata de factos que constituam por si uma violação da moralidade media e dos sentimentos fundamentaes de piedade e probidade*”, ao passo que a retroatividade não deve ocorrer “*quando a lei nova pune factos indiferentes, de índole contravencional, de mera criação política*” (p. 43).

Combatendo o pensamento da retroatividade da lei mais maligna, R. C. NÚÑEZ (1959) argumenta que apenas pode-se considerar justa a repressão criminal quando se dá ao infrator a possibilidade de conhecer, no momento da conduta delinquente, quais penas poderão lhe ser aplicadas<sup>25</sup>.

CAMPOS BATALHA (1980, p. 482 e 483), ainda leciona que a ideia de retroagir a lei nova mais benéfica remete ao século XIV, com os jurisconsultos italianos, em especial Ricardus Malumbranus, demonstrando a seguinte situação:

A cidade de Pádua proibiu a seus habitantes de realizar o comércio do sal com os de Veneza, sob pena de multa de 100 libras; mais tarde essa pena foi reduzida a 25 libras; se uma infração fosse cometida na vigência da primeira lei, o juiz, ao decidir já na vigência da segunda lei, deveria aplicar a multa de 25 libras? Sim, diz Malumbranus,

<sup>23</sup> SEBASTIÁN SOLER, (1951, p. 209 e 210): “*Ordinariamente, la opinión de los que se pronuncian por la aplicación de la ley posterior, admite excepciones para el caso de que ella sea más gravosa, ya por la parcial aceptación de los principios contenidos en la doctrina de la irretroactividade, ya por meros motivos de equidade*”.

<sup>24</sup> SEBASTIÁN SOLER, (1951, p. 210): “*La ley posterior más benigna no es retroactiva cuando se tratare de un delincuente habitual; la ley posteior más gravosa no es aplicable a la delincuencia política*”.

<sup>25</sup> No original: “*Pero frente a esa necesidad actual se levanta, para excluir su aplicabilidade a los hechos anteriores a juzgar, el principio supremo de justicia que fundamenta subjetivamente la existencia y la medida de la represión: la represión es subjetivamente justa sólo frente a la posibilidad de los afectados de conocer en el momento de la infracción las consecuencias de esa índole establecidas para ella*” (p. 136).

porque se a falta se coloca sob a primeira lei, a expiração da falta, que é a pena, se coloca sob a segunda.

Atualmente, diversos países positivaram o princípio da irretroatividade da lei penal gravosa, como ocorre na Espanha<sup>26</sup>, Argentina<sup>27</sup> e Itália<sup>28</sup>. No Brasil, desde a Constituição do Império<sup>29</sup>, de 25 de março de 1824, consagrou-se o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo se mais benéfica ao agente, premissa essa também estampada no Código Penal Republicando<sup>30</sup>, embora durante o Regime Militar se tenha editado leis com efeito retroativo (Decreto-lei 4.766/42<sup>31</sup>).

---

<sup>26</sup> Código Penal espanhol  
Artículo 2

(...)

2. *No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.*

<sup>27</sup> *Código Penal de la Nación Argentina, Artículo 2º.- Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.*

<sup>28</sup> *Codice Civile Italiano, Disposizioni Sulla Legge In Generale, Art. 14 Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*

*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati (Cost. 25; Cod. Pen. 2).*

(...)

*Art. 14 Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*

*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati (Cost. 25; Cod. Pen. 2).*

*Codice penale | Libro I - Dei reati in generale*

*Art. 2.*

*Successione di leggi penali.*

*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.*

*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.*

*Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.*

*Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.*

*Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.*

*Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti.*

<sup>29</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

(...)

<sup>30</sup> A sua disposição não terá efeito retroativo.

<sup>30</sup> Art. 3º A lei penal não tem efeito retroactivo; todavia o facto anterior será regido pela lei nova.

a) si não for considerado passível de pena;

b) si for punido com pena menos rigorosa.

Paragrapho unico. Em ambos os casos, embora tenha havido condenação, se fará aplicação da nova lei, a requerimento da parte ou do ministério publico, por simples despacho do juiz ou tribunal, que proferiu a ultima sentença.

<sup>31</sup> Define crimes militares e contra a segurança do Estado, e dá outras providências.

Para NÉLSON HUNGRIA e HELENO FRAGOSO (1977), o princípio da retroatividade da lei para beneficiar o acusado deriva do brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Para esses estudiosos, o réu possui o direito adquirido em não ser punido (no caso de nova lei descrevendo um novo tipo penal) ou de ser receber uma pena menos grave (no caso de nova lei punindo o fato com mais severidade).

Cumprido ressaltar, conforme ensina DAMÁSIO DE JESUS (2015), que a retroatividade da lei mais benéfica também se aplica nos casos de normas com natureza extrapenal, como ocorre nas normas penais em branco<sup>32</sup>. Para tanto, faz menção ao crime previsto no artigo 237 do CPB (“Conhecimento prévio de impedimento” para casar<sup>33</sup>). Trata-se de uma norma penal em branco, pois os casos de impedimento estão previstos no Código Civil brasileiro (CCB). Dessa forma, se uma lei altera o CCB excluindo os casos de impedimentos, essa norma deve retroagir, alcançando fatos penais anteriores.

Em síntese, a lei que piora a situação do réu – *lex gravior* – não retroage, aplicando-se apenas a fatos novos, ao passo que a lei que melhora sua situação – *lex mitior* – retroage, sendo aplicado a fatos passados, mesmo com o trânsito em julgado da sentença condenatória penal.

A questão é: como se dá a retroação da *lex mitior*? Ou melhor: como proceder no caso em que, à época do crime, vigorava uma lei, e no momento da condenação vigora uma nova, mais benéfica em parte, porém mais maléfica em outra? E se questiona ainda mais: será possível a combinação de leis de modo que o resultado beneficie o réu, criando-se a chamada *lex tertia*?

De fato, o professor SEBASTIÁN SOLER (1951) já afirmava que apenas excepcionalmente uma lei nova, na sua integridade, é mais benéfica que a revogada, sendo o mais comum que seja favorável somente em parte dela.

A título exemplificativo, SANCHES (2015, p. 208) expõe a seguinte situação:

Imagine-se que a lei A disponha sobre determinado crime prevendo a pena de 2 a 4 anos e multa, enquanto a lei B, passando a disciplinar o mesmo crime, preveja pena de 4 a 8 anos, sem a previsão de multa. É possível conjugar a lei A com a lei B para

<sup>32</sup> Nas palavras de BITENCOURT (2018), “trata-se, na realidade, de normas de conteúdo *incompleto*, vago, impreciso, também denominadas *normas imperfeitas*, por dependerem de complementação por outra *norma jurídica* (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução etc.), para concluir a descrição da conduta proibida”.

<sup>33</sup> CPB, Art. 237 - Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena - detenção, de três meses a um ano.

punir o réu com penal de 2 a 4 anos e sem multa (combinando as partes favoráveis de ambas as leis)?

Destaca-se que situação diversa é a da lei penal intermediária. Nesses casos a lei aplicada não é aquela vigente à época do fato ou no momento da condenação, mas uma terceira lei, mais benéfica que aquela e mais maléfica que esta. Como ensina DAMÁSIO DE JESUS (2011, p. 134),

Analisando os efeitos das três leis, veremos que a primeira é ab-rogada pela intermédia e, sendo mais severa, não tem ultra-atividade; a intermediária, mais favorável que as outras duas, retroage em relação à primeira e possui ultra-atividade em face da terceira; esta, mais severa, não retroage.

Em verdade, o CPB não traz uma resposta a essas indagações, cabendo à doutrina e à jurisprudência solucioná-las. No entanto, o Projeto do Novo Código Penal brasileiro (PNCPB), titulado Projeto de Lei (PL) do Senado 236/2012 busca solucionar a questão. Assim, o PNCPB prevê no parágrafo 2º do artigo 2º, a possibilidade de o juiz combinar diversas leis penal com a finalidade de beneficiar o réu, assim dispondo: “O juiz poderá combinar leis penais sucessivas, no que nelas exista de mais benigno”. Não obstante, essa inovação legislativa (possibilidade de combinação de leis penais) não é unânime na doutrina e na jurisprudência. Porém, antes de adentrar nesse mérito é necessário, por fim, estabelecer critérios para a identificação da lei penal mais benéfica ao réu.

#### **2.4 Critérios para identificar a *lex mitior***

A lei penal mais benéfica não é somente aquela que simplesmente diminui a pena prevista ao crime, mas a que de qualquer forma favoreça o réu, inclusive aumentando sua pena. No entanto, a doutrina, em sua maioria, é firme no sentido de que a identificação de qual lei é a mais benigna deve se dá cada no caso concreto. E esse parece ser o melhor pensamento. Percebe-se, deste logo, não se tratar de escolher a lei mais favorável, mas de qual lei será aplicada no caso em exame, pois, em sendo uma situação diversa, a norma a ser aplicada poderia ser outra. Decerto, uma lei pode ser mais benéfica a um réu e não a outro, a depender da situação de cada um. SEBASTIÁN SOLER (1951<sup>34</sup>), ao comentar acerca da aplicação do Código Penal

---

<sup>34</sup> No original: “El art. 2º no hace referencia solamente a las variaciones que pueda haber en el monto y calidad de la pena, sino a las variaciones contenidas en la ley, es decir, que habrá lugar a la retroactividad de la ley posterior o a la ultraactividad de la ley derogada, según sea el resultado de la comparación no de las penas, sino de las leyes mismas” (p. 211).

argentino, já ensinava que não se deve levar em consideração, ao comparar a lei nova com a velha, tão somente a penalidade, mas a norma em todos seus pontos.

Por exemplo, uma lei pode ter pena inferior, mas impor mais severidade para a progressão da pena, ao passo que a norma subsequente, que revoga aquela, pode prever uma pena superior, porém se mais branda quando da progressão da pena. Para o réu condenado, a segunda lhe será, certamente, mais benéfica, por disciplinar regime mais brando para progressão de pena, mesmo que preveja uma pena superior, diante da impossibilidade de se aumentar o *quantum* aplicado após o transido em julgado da sentença condenatória. Já para um réu que ainda não foi condenado, a primeira lei, muito provavelmente, será a ele mais benéfica, por prever uma pena menor, podendo ser o caso, inclusive, de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos moldes do artigo 44 do CPB<sup>35</sup>.

DAMÁSIO DE JESUS (2015) cita outro exemplo, mais emblemático:

A pratica um crime a que o legislador impõe pena de detenção, de 1 a 2 anos, vindo a ser condenado a 1 ano e 8 meses, em face de uma circunstância legal genérica. Não pode obter *sursis*, uma vez que era reincidente em crime doloso (CP, art. 77, I). Não pode, também, ser favorecido pelo livramento condicional, pois a pena é inferior a 2 anos (art. 83, *caput*). Após, surge a lei B, cominando para o mesmo comportamento pena de 2 a 3 anos de detenção.

No caso acima, o professor leciona que, não obstante a princípio a primeira lei pareça ser mais favorável, em verdade a segunda lei é o que é. Segundo seu ensinamento, no caso da segunda lei, “vindo a condenação a reajusta-se em 2 anos e 8 meses de detenção, poderá obter livramento condicional após o cumprimento de 1 ano e 4 meses de detenção, mais da metade da pena, duração inferior à da antiga, a teor do art. 83, II”.

---

<sup>35</sup> CPB, Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

A Lei de Introdução do Código Penal (LICP), Decreto-lei nº 3.914/41, regula o artigo 2º, parágrafo único, *in fine* da seguinte forma:

LICP, Art 19 O juiz aplicará o disposto no art. 2º, parágrafo único. In fine, do código Penal, nos seguintes casos:

I – se o Código ou a Lei das Contravenções penais cominar para o fato pena de multa, isoladamente, e na sentença tiver sido imposta pena privativa de liberdade;

II – se o Código ou a Lei das Contravenções cominar para o fato pena privativa de liberdade por tempo inferior ao da pena cominada na lei aplicada pela sentença.

Parágrafo único. Em nenhum caso, porém, o juiz reduzirá a pena abaixo do limite que fixaria se pronunciasse condenação de acordo com o Código Penal.

No entanto, a redação disposta na LICP é incompleta. Em verdade, ao réu pode ser mais benéfico a aplicação de pena restritiva de liberdade ao invés de multa, a depender de sua condição financeira.

Em verdade, afora a necessidade em se verificar caso a caso qual lei é a mais favorável, deve-se levar em conta o querer do principal interessado, qual seja o próprio réu. E nesse sentido pensam BASILEU GARCIA (2008), NELSON HUNGRIA e HELENO FRAGOSO (1977). De fato, não cabe ao Ministério Público ou à defesa (Defensoria Pública ou advogado) e nem mesmo ao juiz decidir qual lei é a mais favorável, mas sim ao acusado, após a manifestação da acusação e defesa apontando os pontos mais benéficos e maléficis da lei. Apenas em casos extremos, diante da impossibilidade de escolha pelo réu, como em caso de coma, é que caberá à defesa escolher qual lei lhe oferece mais proveito, cabendo ao juiz apenas reconhecer a predileção realizada. Esta conclusão se extrai do artigo 5º da LINDB, pois dessa forma o magistrado estará atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum ao aplicar a lei<sup>36</sup>, e da aplicação do princípio do *in dubio pro reo*<sup>37</sup>. Ademais, outros países, como a Espanha, preveem a oitiva do réu no caso de dúvida em qual lei lhe seja mais benéfica<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> LINDB, Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

<sup>37</sup> Nas palavras de NORBERTO AVENA (2017), “por meio deste princípio, privilegia-se a garantia da liberdade em detrimento da pretensão punitiva do Estado. Apenas diante de certeza quanto à responsabilização penal do acusado pelo fato praticado é que poderá operar-se a condenação. Havendo dúvidas, re-solver-se-á esta em favor do acusado”.

<sup>38</sup> Código Penal espanhol

Artículo 2

(...)

2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

Doutrinadores como RENÉ ARIEL DOTTI (2018), NÉLSON HUNGRIA e HELENO FRAGOSO (1977) e ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA (2004), descrevem um rol expondo situações em que a lei seria mais benéfica ao acusado. No entanto, deve-se ter em vistas que tais circunstâncias não podem ser tratadas como exaustivas. Decerto, ao analisar se a lei é mais benéfica ao réu não se deve limitar a análise apenas à lei em si, mas proceder a uma apreciação de todo ordenamento jurídico, tendo em vista institutos como a progressão do regime prisional, a suspensão condicional da penal ou do processo, entre outros.

Por fim, HELENO FRAGOSO (1994, p. 106) ensina que “em caso de dúvida intransponível sobre qual lei mais benigna, a lei nova somente deve ser aplicada aos casos ainda não julgados”, o que parecer ser a melhor medida a ser adotada, em respeito ao princípio da anterioridade<sup>39</sup>, levando a uma maior segurança jurídica.

### **3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL**

#### **3.1 Estudo doutrinário**

A doutrina possui grande importância na aplicação do Direito desde o século IV a.C. Como ensina DIMITRI (2014), os jurisconsultos romanos elaboravam pareceres (*responsa*) que funcionavam como fonte de direito nos tribunais. Já na Idade Média existia a *communis opinio doctorum*, consubstanciando o entendimento dos conhecedores do direito, possuindo força vinculante, inclusive. No entanto, atualmente a doutrina perdeu importância como fonte de direito, porquanto nenhum julgador é vinculado ao ensinamento doutrinário.

Mesmo com o seu decréscimo em importância comparado a outros momentos, a doutrina, atualmente, continua sendo relevante para o desenvolvimento, interpretação e aplicação do direito, principalmente com os chamados “argumentos de autoridade” emanado por renomados doutrinadores que conseguem fazer com que suas ideias prevaleçam no tempo, sendo seguido por outros devido ao seu prestígio.

Além dos “argumentos de autoridade”, a opinião doutrinária ganha importância na medida de que os grandes estudiosos realizam extensas pesquisas acerca do tema para, então assim, expressar sua opinião pessoal. Quando vários doutrinadores acabam por adotar o mesmo

---

<sup>39</sup> Esse princípio está previsto no artigo primeiro do CPB, bem como no inciso XXXIX, artigo 5º da CFB, segundo os quais “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Dessa forma, apenas se pode qualificar uma conduta como criminosa e/ou impor uma pena caso exista uma lei antecedente ao fato ou à aplicação da pena.

pensamento, acaba-se por surgir uma opinião doutrinária predominante, sendo maior a chance desse posicionamento ser aplicado também pelos tribunais em seus julgamentos. Ademais, a de se ressaltar que por vezes os doutrinadores são convidados a participar da atividade legislativa elaborando projetos de leis, dado seus grandes conhecimentos, tal qual ocorreu com o CCB de 1916, conhecido como Código Civil de Clóvis Beviláqua, e o CCB atual, atribuído a Miguel Reale.

Porém, não obstante a importância da doutrina, ela não escapa às críticas. Para DIMITRI (2014, p. 181) “o argumento de autoridade não tem valor metodológico”, “sendo um expediente retórico”. Segundo ele, quem faz uso desses argumentos, em verdade, não possui capacidade de elaborar um pensamento próprio acerca do assunto, e devido a essa falta de aptidão tenta intimidar os demais se utilizando do ensinamento de doutrinadores prestigiados a fim de justificar o seu.

Ademais, percebe-se no Brasil uma banalização dos estudos doutrinários, resultando na elaboração de obras banais, tão somente com o objetivo de vender e obtenção de lucro, sem demonstrar um rigor técnico e ideias relevantes.

Não obstante, a doutrina continua a ser um meio importante para o avanço do sistema jurídica, colaborando na resolução de situações presente e prevendo lides futuras, auxiliando o Direito a se antecipar às problemáticas humanas, em virtude de seu estudo sistemático, diagnosticando o problema e propondo soluções.

### ***3.1.1 Opiniões doutrinárias contrárias à combinação de leis penais para favorecer o réu***

Como dito, existe um debate tanto na doutrina como na jurisprudência acerca da possibilidade de se combinar partes de leis para, assim, beneficiar o réu.

NÉLSON HUNGRIA e HELENO FRAGOSO (1977) argumentam pela impossibilidade. Segundo os autores, ao conjugar diversas leis, “estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma *terceira* lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo”. GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2014), ao seu tempo, também é contrário à combinação de leis. E do mesmo modo CLAUS ROXIN (1997, p. 168). Para esse teórico, a aplicação da lei mais benigna deve ser realizada em seu todo, “*incluyendo sus componentes más duros*”.

Complementando esse pensamento, o professor português CAEIRO DA MATTA (1911) argumenta que o juiz ao julgar combinando diversas leis estaria agindo com excesso de poder, sendo a sentença viciada.

ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA (2004, p. 21), de mais modo mais incisivo, chama de “monstro jurídico” a combinação de leis, argumentando que o julgado, ao somar diversas leis estaria aplicando uma que não existe. E no mesmo sentido advogam EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI (2011) e PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR (2000).

Seguindo esse raciocínio, o Código Penal Militar brasileiro (CPMB) veda a combinação de leis, dispondo que a apuração de maior benignidade deve ser realizada em cada norma isoladamente<sup>40</sup>. Ao comentar o previsto no CPMB, CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES e MARCELLO STREIFINGER (2014) argumentam que ao permitir a combinação de leis pelo juiz “estar-se-ia conferindo ao Judiciário um poder para o qual não possui outorga, ou seja, o poder de legislar”, o que violaria a independência dos poderes, nos moldes do artigo 2º da CFB.

Concordam, também, com esta teoria PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR e FERNANDO JOSÉ DA COSTA (2013). Esses autores ainda fazem menção ao CPB de 1969, segundo o qual “a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato” (artigo 2º, parágrafo 2º), mesma redação utilizada no CPMB.

Já TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO (2010, p. 761 e 761) advoga existir “o princípio da irretroatividade – o da anterioridade da lei ao fato – e, como exceção, o da retroatividade – aplicação da lei posterior, por mais benéfica”. Nas palavras do promotor, “ou uma ou outra”, “se se aplica uma, a outra está excluída”.

Na Argentina, SEBASTIAN SOLER (1951) também defende a impossibilidade em combinar as leis argumento ser ilícita a aplicação da lei nova junto à velha no mesmo caso, seja simultânea ou sucessivamente<sup>41</sup>. Porém, o mesmo professor faz a ressalva de que no Código

<sup>40</sup> CPMB, Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil. (...)

§ 2º Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato.

<sup>41</sup> No original: “Ese examen comparativo debe concluir por la elección de una ley, es decir, que será ilícita la aplicación al mismo caso, simultánea o sucesivamente, de disposiciones de leyes distintas, en cuyo caso no se

Penal argentino há uma exceção a este princípio em se tratando do cômputo da prisão preventiva<sup>42</sup>.

Na Itália, os professores RAUL ALBERTO FROSALI (1958<sup>43</sup>) e GIUSEPPE MAGGIORE (1954) também são contrários à combinação de leis penais, com esse argumentando que a lei deve ser considerada como um todo, aplicando-se ao caso concreto<sup>44</sup>.

BASILEU GARCIA (2008, p. 273), de forma mais moderada, ensina que, como regra, deve-se aplicar cada lei isoladamente. Porém, nos casos em que esta regra levar “a consequências clamorosamente injustas”, será preciso se utilizar da equidade<sup>45</sup>, possibilitando a combinação de leis.

### ***3.1.2 Opiniões doutrinárias favoráveis à combinação de leis penais para favorecer o réu***

JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI (2001, p. 67) são a favor da combinação de leis penais. Para esses autores, inclusive, “a conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra lei, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior”. Para esses professores, essa é o sentido da norma constitucional ao determinar que a lei mais favorável deve ser aplicada. E complementando seus pensamentos, argumentam que “se lhe está afeto escolher o ‘todo’ para que o réu tenha tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepor a pruridos de Lógica Formal”.

---

*aplicaría en realidad ninguna ley, dicatada por el poder legislativo, sino una nueva ley, confeccionada por el juez, con elementos de distintas leyes, para un caso concreto. No son lícitos los reenvíos de una a otra ley en procura de las disposiciones más favorables: elegida una ley, ésta se aplica en su integridad, y en todo su régimen”.*

<sup>42</sup> No original: “Este principio que prohíbe la simultánea aplicación de dos leyes, tiene, sin embargo, una excepción en nuestro C.P. con referencia ao cômputo de la prisión preventiva, para el cual la ley establece que ‘se observará separadamente la ley más favorable ao procesado’, art. 3°.

*Claro está que, contrario sensu, de esta disposición se deduce la absoluta validez del principio general de inaplicabilidad simultánea de varias leyes, con relación al C. P., conforme a lo afirmado más arriba”.*

<sup>43</sup> Nas palavras do professor RAUL ALBERTO FROSALI (1958, p. 288): “L’interprete deve determinare quale è la legge piú favorevole al reo, sceglierlo integralmente o l’una o l’altra, e cioè la precedente o la successiva, senza poter applicare ciò che di piú favorevole è nell’una e nell’altra”.

<sup>44</sup> Para o doutrinador GIUSEPPE MAGGIORE (1954, p. 201), “por lo tanto, en conjunto debe tenerse como más favorable aquella cuya aplicación al caso concreto lleve a un resultado más favorable para el reo”.

<sup>45</sup> Nas palavras de MATTA (1911, p. 22), “a equidade é geralmente considerada como significando a perfeita correspondencia jurídica e ethica da norma legal ás circunstancias do caso a que ella é aplicada”. Ainda segundo o mesmo professor, “a equidade é animada de um alto ideal de esclarecida e verdadeira egualdade e de solidariedade humana”.

No mesmo sentido leciona DAMÁSIO DE JESUS (2015). O estudioso ensina ainda que o juiz ao combinar as leis não estaria criando uma terceira norma, mas sim, nas palavras do mesmo, “movimentando-se dentro do campo legal em sua missão de integração legítima”.

Concordam, também, com a tese de ser possível a combinação de leis penais para favorecer o réu BITENCOURT (2018), E. MAGALHÃES NORONHA (2001), ALBERTO JORGE CORREIA DE BARROS (2012), ROGÉRIO GRECO (2017), ENIO LUIZ ROSSETTO (2015), MARIO HENRIQUE DITTICIO (2017), CELSO DELMANTO (et al 2016) e RENÉ ARIEL DOTTI (2018), este chamando de “o mito da ‘terceira lei’” o argumento de ser defeso a conjugação das leis penais.

Com efeito, cumpre destacar que a redação original do parágrafo único, do artigo 2º, do CPB determinava que a lei penal retroage “na parte em que comina pena menos rigorosa”, atingindo o fato definitivamente julgado<sup>46</sup>. Extrai-se a permissão, dada pelo Código, em se aplicar apenas parte da lei retroativamente.

Ademais, TOLEDO, presidente da Comissão de Reforma de 1984 do CPB, admite a possibilidade da combinação de leis (*lex tertia*) para beneficiar o acusado: “se, no caso concreto, a necessidade de prevalência de certos princípios superiores conduzir à combinação de leis, não se deve temer este resultado, desde que juridicamente valioso” (TOLEDO, 2004: 38, apud GARCIA, 2008, p. 273).

ANDREA FLORES e JODASCIL GONÇALVES LOPES (2015), de forma mais moderada, oferecem outra visão sobre a problemática. Para esses professores, há uma verdadeira “confusão” da doutrina e jurisprudência ao tratar desse assunto. Argumentam que a retroatividade de uma lei penal em parte não significa combinação de leis.

### 3.2 Estudo jurisprudencial

De início, cabe pontuar que o conceito de jurisprudência ora adotado não é aquele exposto por PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR (apud HAMILTON SIQUEIRA JÚNIOR,

---

<sup>46</sup> Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.  
Parágrafo único. A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irreversível.

2017), como “o conjunto das decisões que promanam dos Tribunais, ao proclamarem o Direito, aplicando a lei ao caso concreto”, mas como sinônimo de decisões judiciais.

No ensinamento de HANS KELSEN (1998, p. 163), as decisões judiciais podem ser consideradas “como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos”. No mesmo sentido, DIMITRI (2014, p. 176), advoga que as decisões dos tribunais são uma fonte formal<sup>47</sup> “do direito moderno”.

Já DAMÁSIO DE JESUS (2015) leciona que a jurisprudência, em verdade, consiste em uma forma de procedimento interpretativo. Segundo sua doutrina, “se por fonte formal se entende a maneira de exteriorização da norma penal, é evidente que a jurisprudência não apresenta essa característica”. De comum acordo entende BITENCOURT (2018). Argumenta esse professor que “as decisões judiciais, em qualquer nível de jurisdição, não criam direitos, declaram-nos”.

Divergências à parte, é certo que a jurisprudência exerce importante papel no Direito brasileiro, aplicando-o ao caso concreto, utilizando-se de soluções muitas vezes não previstas em lei, mas obtidas a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico junto aos princípios infra e constitucionais.

Ademais, a jurisprudência possui a função de uniformizar a aplicação do direito. Em verdade, um tribunal superior, ao assentar um posicionamento acerca de um tema, terá como consequência os tribunais inferiores e juízes decidindo da mesma forma, seja pelo receio em ter suas decisões reformadas, ou porque se entende que um tribunal superior, ao interpretar e aplicar uma determinada norma, fê-lo de maneira mais correta por conta do vasto conhecimento e experiência profissional que seus julgares possui. Ademais, a uniformização nos julgamentos acarreta uma maior segurança jurídica, pois impede (ao menos evita) que situações iguais sejam tratadas de modo iguais. Isso, no entanto, não quer dizer que um mesmo posicionamento jurisprudencial deva ser aplicado perpetuamente. De certo, a sociedade, ao longo do tempo, muda sua forma de agir e pensar, alterações essas que possuem reflexo no âmbito das decisões judiciais. Como ensinam HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES, ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA e FLÁVIO QUINAUD PEDRON (2016, p. 373 e 374), “estabilidade não significa petrificação ou fechamento argumentativo, ou que o Tribunal tenha a última palavra acerca da interpretação, como se algum tribunal pudesse fechar

---

<sup>47</sup> Para o mesmo professor, fontes formais são os “lugares” nos quais se encontram os dispositivos jurídicos (p. 166).

a interpretação do direito em uma decisão”. E complementando o raciocínio, defendem que “a estabilidade jamais pode permitir um engessamento do direito mediante a supressão de técnicas de superação (*overruling*)<sup>48</sup> ou distinção (*distinguishing*)<sup>49</sup>”.

### 3.2.1 Evolução histórica da jurisprudência do STF

Primeiramente, destaca-se que o termo “evolução” foi utilizado no sentido cronológico, de atos que se sucedem no tempo, e não no sentido de melhoramento.

Assim sendo, antes do advento da CFB de 1988 existiam precedentes no STF inadmitindo a combinação das leis penais em benefício do réu. Por exemplo, no julgamento do Conflito de Jurisdição (CJ) 5.147/SP, em 1969, já se entendia pela “inadmissibilidade de serem combinadas regra da lei antiga com as da nova, de modo a formar-se uma terceira”, devendo prevalecer a lei vigente ao tempo do crime.

No Recurso Ordinário Criminal 1.381 - 6/SP, datado de 1979, pelo Tribunal Pleno, o Relator Sr. Ministro Cordeiro Guerra asseverou que “é lícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplica-la em sua integridade, porém não lhe é permitido criar e aplicar uma ‘*terza legge diversa*’ (original grifado), de modo a favorecer o réu, pois nessa hipótese, se transformaria em legislador”.

Após a CFB de 1988, o STF começou a variar em suas decisões, ora entendendo pela impossibilidade da combinação de leis penais para favorecer o réu, ora decidindo a favor da combinação. Por exemplo no julgamento do *Habeas corpus* (HC) 69.033-5/SP, em 1991, a Segunda Turma do Supremo admitiu a retroatividade da lei penal na parte mais favorável ao réu, entendendo pela possibilidade de se separar as normas em conflitos resultando na “aplicação do que nelas transpareça como mais benigno”.

---

<sup>48</sup> “A técnica do *overruling* é um instrumento que permite uma resposta judicial ao desgaste da dupla coerência do precedente. Essa dupla coerência consiste em: (i) congruência social e (ii) consistência sistêmica. Assim, quando o precedente carecer de dupla coerência, ele estará violando os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* - a segurança jurídica e a igualdade - deixando de autorizar a sua replicabilidade. Nesse cenário, o precedente deverá ser superado. Ao teste de dupla coerência dá-se o nome de norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*)” (WAGNER ARNOLD FENSTERSEIFER, 2016).

<sup>49</sup> “Em síntese, a técnica do *distinguishing* é aquela que permite que a regra estabelecida pelo precedente sobreviva, embora seu sentido se torne menos abrangente. O julgador faz referência ao precedente, afirmando que ele seria plenamente aplicável ao caso que está sendo julgado; contudo, em virtude de uma peculiaridade que existe no caso julgado e que não existia no caso precedente, a regra deve ser reformulada para se adaptar à circunstância” (WAGNER ARNOLD FENSTERSEIFER, 2016).

No entanto, no ano posterior, com o julgamento do HC 68.416-5/DF, a Segunda Turma julgou, por unanimidade, em sentido contrário ao seu precedente, entendendo que “os princípios da ultra e da retroatividade da *‘lexmitior’* não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu”. Mesmo posicionamento foi adotado quando do julgamento do HC 75.284-5/SP, relatado pelo Ministro Moreira Alves, da Primeira Turma, o qual considerou que a norma deve retroagir “em sua integridade, por ser indivisível”.

Ocorre que a jurisprudência do Supremo, movida pela troca de ministros, começou a sofrer variações. Assim, em 2006, a Segunda Turma, sob relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do HC 86.459-7/RJ, inadmitiu a aplicação do CPMB apenas na parte que interessa ao réu, criando-se uma norma composta pelo CPMB e CPB.

Porém, em 2008, o STF, novamente por sua Segunda Turma, julgou o HC 95.435/RS, sob a relatoria da Ministra Ellen Garcia, ocasião em que, por maioria, em uma situação envolvendo tráfico de drogas, decidiu pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista na Lei 11.343/2006 a casos anteriores a sua vigência. Em verdade, a nova Lei de Tóxicos, embora passasse a prever uma nova causa de diminuição da pena, acarretou o aumento da pena mínima. Desse modo, nos termos da ementa,

entendeu-se que aplicar a causa de diminuição não significa baralhar e confundir normas, uma vez que o juiz, ao assim proceder, não cria lei nova, mas apenas se movimenta dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Ademais, aduziu-se que se deveria observar a finalidade e a *ratio* do princípio, para dar correta resposta à questão, não havendo como se repudiar a aplicação da causa de diminuição também a situações anteriores. Nesse diapasão, enfatizou-se, também, que a vedação de junção de dispositivos de leis diversas é apenas produto de interpretação da doutrina e da jurisprudência, sem apoio direto em texto constitucional.

Não obstante, como dito, durante os anos 2000 a jurisprudência do STF, até mesmo em cada Turma, apresentava alternância, ferindo a segurança jurídica. Tanto o é que em dezembro de 2008, novamente sob a relatoria da Ministra Ellen Garcia, a Segunda Turma do Supremo julgou o HC 96.430-3/SP, inclusive sob o argumento de que o “o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que não é possível a combinação de leis no tempo”, referindo-se ao HC 68.416/DF, denegando a ordem.

É possível questionar, então, como o STF já possuía esse entendimento, mas a alguns meses antes a mesma Turma, com a mesma Relatora, julgou em sentido totalmente oposto. Em verdade, da análise dos julgados não é possível entender o porquê dessa variação.

Sequer no julgamento do HC 96.430-3/SP foi feita referência ao HC 95.435/RS, explicando como se deu essa mudança no posicionamento da Turma.

Em 2009, no julgamento do HC 96.844/MS, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, a Segunda Turma entendeu que a combinação de leis penais, até em benefício do réu, importaria “violação aos princípios da legalidade, da anterioridade da lei penal (art. 1º do Código Penal) e da separação de poderes, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma no julgamento do HC 94.848/MS.

No ano seguinte, no julgamento dos HC 94.560/MG e HC 97.136/RS, a Segunda Turma, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, novamente entendeu pela impossibilidade da combinação de leis penais para favorecer o réu. Ocorre que no mesmo ano, com o julgamento do HC 101.511/MG, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, a Segunda Turma do Supremo, diversamente, admitiu a retroatividade de parte de lei penal posterior mais benéfica, aplicando-a concomitantemente à lei anterior de maior gravidade ao réu. Porém, ainda em 2010, enfrentando novamente essa temática, a Segunda Turma, no HC 97.221/SP, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, outra vez inadmitiu a combinação de leis penais em favor do réu, mesmo posicionamento utilizado pelo Ministro na relatoria do HC 103.833/SP. Cumpre destacar que naquele julgado, embora o Relator tenha se posicionado contra a combinação, esta foi mantida, sob pena da *reformatio in pejus*, tendo em vista que o STJ permitiu a combinação nesse caso.

Por sua vez, também em 2010, no julgamento do HC 97.977/MG a Primeira Turma também denegou o *habeas corpus*, inclusive se baseando em parecer do Ministério Público Federal (MPF):

nos termos do parecer do Ministério Público Federal, é “*inadmissível a conjugação da pena-base prevista na Lei nº 6.368/1976 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343/2006, visto que, agindo deste modo, o juiz atuaria como legislador positivo, criando uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico*”.

Mesmo entendimento foi adotado por essa Turma no julgamento dos HC 94.687/MG, Recurso Ordinário em HC 101.278/RJ, HC 98.190/MG e HC 104.193/RS.

Até que em 2011, novamente o STF, mas dessa vez por seu Plenário, enfrentou essa temática, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 596.152/SP, outra vez envolvendo a aplicação de diminuição de pena prevista na nova Lei de Entorpecentes. Nessa ocasião houve empate entre os ministros, tendo sido aplicada a posição mais favorável ao réu, nos termos do

artigo 146, parágrafo único, do Regimento Interno do STF (RISTF)<sup>50</sup>. Trata-se de julgamento que analisou a fundo a possibilidade de se combinar as leis penais, utilizando-se como fundamento o princípio da máxima eficácia da Constituição, que será melhor conceituado a seguir, sendo devida a citação da ementa completa para se melhor compreender a temática:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FIGURA DO PEQUENO TRAFICANTE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). CONFLITO INTERTEMPORAL DE LEIS PENAIS. APLICAÇÃO AOS CONDENADOS SOB A VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (INCISO XL DO ART. 5º DA CARTA MAGNA). MÁXIMA EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO. RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR. COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA. EMPATE NA VOTAÇÃO. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente “generosa”.
2. Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma.
3. A discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos.
4. O que a Lei das Leis rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo.
5. A Constituição da República proclama é a retroatividade dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal temporalmente mais nova, se revele ainda mais benfazeja do que a norma igualmente penal até então vigente. Caso contrário, ou seja, se a norma penal mais nova consubstanciar política criminal de maior severidade, o que prospera é a vedação da retroatividade.
6. A retroatividade da lei penal mais benfazeja ganha clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico

<sup>50</sup> RISTF, Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta.

Parágrafo único. No julgamento de habeas corpus e de recursos de habeas corpus proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente.

instituto. Isto na acepção de que, ali onde a norma penal mais antiga for também a mais benéfica, o que deve incidir é o fenômeno da ultra-atividade; ou seja, essa norma penal mais antiga decai da sua atividade eficaz, porquanto inoperante para reger casos futuros, mas adquire instantaneamente o atributo da ultra-atividade quanto aos fatos e pessoas por ela regidos ao tempo daquela sua originária atividade eficaz. Mas ali onde a norma penal mais nova se revelar mais favorável, o que toma corpo é o fenômeno da retroatividade do respectivo comando. Com o que ultra-atividade (da velha norma) e retroatividade (da regra mais recente) não podem ocupar o mesmo espaço de incidência. Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito.

7. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Carta Magna, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88).

8. O tipo penal ou delito em si do tráfico de entorpecentes já figurava no art. 12 da Lei 6.368/1976, de modo que o ineditismo regratório se deu tão-somente quanto à pena mínima de reclusão, que subiu de 3 (três) para 5 (cinco) anos. Afora pequenas alterações redacionais, tudo o mais se manteve substancialmente intacto.

9. No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retroincidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo: o art. 12 da Lei 6.368/1976, a incidir por ultra-atividade. O novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapondo a nenhuma anterior regra penal, incide tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal.

10. Recurso extraordinário desprovido.

A partir desse julgado, passou-se a permitir, com mais firmeza, a retroação da nova Lei de Tóxicos apenas no tocante à causa de diminuição da pena, ou seja, admitiu-se a combinação de leis penais, mas sempre afirmando que, com isso não se estaria criando uma terceira lei (HC 99.088/SP, Segunda Turma). Esse posicionamento começou a ser adotado em diversos julgados pelo STF, por exemplo no HC 97.094/RS, HC 97.955/MS, HC 105.097/SP, HC 105.282/RS e HC 111.645/SP. Interessante pontuar que todos esses julgados, com a possibilidade de se combinar as leis penais, deu-se pela Segunda Turma do Supremo, cujo posicionamento adotado foi o de que

Em sede de interpretação do encarecido comando que se lê no inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal.

(...)

Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal assim mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma. Constituição que se põe, então, como o único fundamento de validade da retroação penal da norma de maior teor benfazejo. É como dizer: se a benignidade está na regra penal, a retroação eficaz está na Constituição mesma.

O que proclama a Constituição é a retroatividade dessa ou daquela figura de direito que, veiculada por norma penal temporalmente mais nova, se revele ainda mais benfazeja do que a norma igualmente penal até então vigente.<sup>51</sup>

Porém, a questão ainda era alvo de divergências e novamente, a partir de 2012, o Supremo começou a alternar seu posicionamento quanto à combinação de leis penais em benefício do réu. Com efeito, nesse ano a Primeira Turma julgou os HC 107.583/MG e HC 103.831/SP, ambos rejeitando o pedido de aplicação simultânea da lei posterior com a anterior para favorecer o réu, ao passo que, no julgamento do HC 113.254/SP, a Segunda Turma admitiu a combinação.

A segurança jurídica continuou latente. Em verdade, no ano seguinte a Primeira Turma julgou os HC 108.963/MS e HC 110.046/PI, ambos permitindo a retroação apenas de parte de lei penal posterior mais benéfica, ao passo que no mesmo ano a Segunda Turma julgou o HC 115.197/MG no mesmo sentido. Não obstante, também em 2013, a Primeira Turma negou a combinação ao julgar o HC 95.495/MG, utilizando-se da fundamentação de que “a retroatividade da lei ‘em tiras’ consiste em velada deturpação da nova percepção que o legislador, responsável por expressar os anseios sociais, manifestou a respeito dessa mesma conduta, ferindo de morte o princípio da legalidade e o regime democrático”. Ainda em 2013 foi julgado Agravo Regimental (Ag.Reg) no HC 110.516/SP, também pela Primeira Turma, ocasião em que o Parecer do MPF entendeu ser necessária a interpretação sistêmica da lei posterior para a verificação da sua benevolência.

Cumprir destacar uma observação: os HC 95.495/MG e HC 110.046/PI foram julgados pela Primeira Turma do Supremo e no mesmo dia (21/05/2013), mas seus resultados foram totalmente conflitantes, pois enquanto naquele foi negada a combinação de leis, nesse foi permitida. Ressalta-se tratarem do mesmo assunto: aplicação retroativa apenas de causa de diminuição de pena prevista na Lei nº 11.343/06 a fatos ocorridos antes de sua vigência, e que ambos os pacientes eram assistidos pela Defensoria Pública da União (DPU).

Ocorre que a possibilidade de se combinar leis penais para favorecer o réu foi levada ao Pleno do STF, que no julgamento do *leading case* RE 600.817/MS, que deu origem ao Tema 169, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Plenário, em novembro de 2013, por maioria, entendeu que “não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da

---

<sup>51</sup> HC 97.955/MS.

separação de Poderes”. E mais: “o juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade”.

Nos termos do Relator:

Com a devida vênia daqueles que entendem de modo contrário, e fiel a jurisprudência desta Corte, penso que a aplicação do princípio da retroatividade, isto é, da *novatio legis in melius*, não autoriza a combinação de leis, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

(...)

Não vejo, com efeito, como possa o julgador transcender o seu papel de intérprete e, com base em argumentos meramente doutrinários, fragmentar leis a ponto de recortar delas frases, palavras, incisos, artigos, a pretexto de favorecer o acusado.

A hermenêutica jurídica e o processo de integração, típicos da atividade do julgador, demandam esforço no sentido de se alcançar a verdadeira intenção da norma, sem, todavia, criá-la *ex novo*.

Esse posicionamento do Pleno foi adotado pela Primeira Turma quando do julgamento dos Embargos de Declaração (Em.Decl.) no Ag.Reg no HC 110.516/SP, inclusive afirmando que “o Pleno do Supremo Tribunal Federal pôs uma pá de cal sobre o tema ao pacificar o entendimento de que não é possível a combinação de leis, ressalvada a aplicação integral da lei mais favorável (RE-RG 600.817, j. em 07/11/2013)”. Igualmente foi negado a combinação em favor do réu no julgamento do Ag.Reg no RE com Agravo 773.589/DF, em 2014.

### 3.2.2 Tabela informativa da evolução jurisprudencial do STF

Tabela 01 – Evolução jurisprudencial do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a combinação de leis penais para favorecer o réu

<b>Antes CFB de 1988</b>			
<b>Julgado</b>	<b>Órgão</b>	<b>Data de julgamento</b>	<b>Resultado *</b>
Conflito de Jurisdição (CJ) 5.147/SP	Primeira Turma	09 de outubro de 1969	Contra
Recurso Ordinário Criminal 1.381 - 6/SP	Pleno	27 de junho de 1979	Contra
* Pró ou contra combinação.			

<b>Pós CFB de 1988</b>			
<b>Julgado</b>	<b>Órgão</b>	<b>Data de julgamento</b>	<b>Resultado**</b>
<i>Habeas corpus</i> (HC) 69.033-5/SP	Segunda Turma	17 de dezembro de 1991	Pró
<i>Habeas corpus</i> (HC) 68.416-5/DF	Segunda Turma	08 de setembro de 1992	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 75.284-5/SP	Primeira Turma	14 de outubro de 1997	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 86.459-7/RJ	Segunda Turma	05 de dezembro de 2006	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 95.435/RS	Segunda Turma	21 de outubro de 2008	Pró
<i>Habeas corpus</i> (HC) 96.430-3/SP	Segunda Turma	09 de dezembro de 2008	Contra ***
<i>Habeas corpus</i> (HC) 94.848/MS	Primeira Turma	14 de abril de 2009	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 96.844/MS	Segunda Turma	04 de dezembro de 2009	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 101.511/MG	Segunda Turma	09 de fevereiro de 2010	Pró
<i>Habeas corpus</i> (HC) 94.560/MG	Segunda Turma	14 de setembro de 2010	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 97.977/MG	Primeira Turma	20 de abril de 2010	Contra
Recurso Ordinário em <i>Habeas corpus</i> (HC) 101.278/RJ	Primeira Turma	27 de abril de 2010	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 94.687/MG	Primeira Turma	24 de agosto de 2010	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 97.136/RS	Segunda Turma	14 de setembro de 2010	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 97.221/SP	Segunda Turma	19 de outubro de 2010	Contra ****

Julgado	Órgão	Data de julgamento	Resultado**
<i>Habeas corpus</i> (HC) 103.833/SP	Segunda Turma	23 de novembro de 2010	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 98.190/MG	Primeira Turma	26 de abril de 2011	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 104.193/RS	Primeira Turma	09 de agosto de 2011	Contra
Recurso Extraordinário (RE) 596.152/SP	Pleno	13 de outubro de 2011	Pró*****
<i>Habeas corpus</i> (HC) 105.097/SP	Segunda Turma	08 de novembro de 2011	Pró
<i>Habeas corpus</i> (HC) 111.645/SP	Segunda Turma	27 de novembro de 2011	Pró
<i>Habeas corpus</i> (HC) 97.955/MS	Segunda Turma	06 de dezembro de 2011	Pró
<i>Habeas corpus</i> (HC) 99.088/SP	Segunda Turma	13 de dezembro de 2011	Pró
<i>Habeas corpus</i> (HC) 97.094/RS	Segunda Turma	13 de dezembro de 2011	Pró
<i>Habeas corpus</i> (HC) 105.282/RS	Segunda Turma	13 de dezembro de 2011	Pró
<i>Habeas corpus</i> (HC) 107.583/MG	Primeira Turma	17 de abril de 2012	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 103.831/SP	Primeira Turma	24 de abril de 2012	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 113.254/SP	Segunda Turma	13 de dezembro de 2012	Pró
<i>Habeas corpus</i> (HC) 108.963/MS	Primeira Turma	26 de fevereiro de 2013	Pró
<i>Habeas corpus</i> (HC) 110.046/PI	Primeira Turma	21 de maio de 2013	Pró

<i>Habeas corpus</i> (HC) 95.495/MG	Primeira Turma	21 de maio de 2013	Contra
<i>Habeas corpus</i> (HC) 115.197/MG	Segunda Turma	08 de outubro de 2013	Pró
Agravo Regimental no <i>Habeas corpus</i> (HC) 110.516/SP	Primeira Turma	08 de outubro de 2013	Contra
Recurso Extraordinário (RE) 600.817/MS	Pleno	07 de novembro de 2013	Contra *****
Embargo de Declaração no Agravo Regimental no <i>Habeas corpus</i> (HC) 110.516/SP	Primeira Turma	03 de dezembro de 2013	Contra
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 773.589/DF	Primeira Turma	02 de setembro de 2014	Contra
<p>** Pró ou contra combinação.</p> <p>*** Tanto o HC 95.435/RS como o HC 96.430-3/SP foram julgados pela mesma Turma, sob a relatoria da Ministra Ellen Garcia, com o intervalo de pouco mais de um mês, mas tiveram resultados opostos.</p> <p>**** Embora o Ministro Relator Gilmar Mendes tenha se posicionado contra a combinação, esta foi mantida, sob pena da <i>reformatio in pejus</i>, tendo em vista que o STJ permitiu a combinação nesse caso.</p> <p>***** Nessa ocasião houve empate entre os ministros, tendo sido aplicada a posição mais favorável ao réu, nos termos do artigo 146, parágrafo único, do RISTF.</p> <p>***** Considerado pelo STF como <i>leading case</i>.</p>			

#### 4 UMA NOVA VISÃO PELA COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS

Do exposto até o momento se pode perceber que o principal argumento utilizado no sentido de ser incabível a combinação de leis penais para favorecer o réu é o fato que, ao assim agir, o juiz criaria uma terceira lei, adentrando na esfera de competência do Poder Legislativo da União em criar leis penais.

No entanto, tal argumento não merece prosperar. Em verdade, como foi visto, o Poder Judiciário possui como função atípica legislar. Essa função se tornou mais evidente após a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2005, que acrescentou o artigo 103-A à CFB:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A partir da criação do mencionado artigo se tornou mais nítida a função legiferante do Poder Judiciário, pois passou a ter atribuição de elaborar Súmula Vinculante (SV) com nítida força de lei, tendo em vista que vincula o próprio Judiciário e a administração pública (Poder Executivo) em todos seus níveis (federal, estadual e municipal).

De fato, como ensina LÊNIO LUIZ STRECK (2018), a intenção, durante a Revisão Constitucional de 1993, era atribuir ao STF iniciativa de lei com a finalidade de conferir eficácia geral (*erga omnes*), vinculando tanto o agir estatal como a atuação privada. Desde então, vários outros debates ocorreram no âmbito do Legislativo, culminando no surgimento da EC 45/2004<sup>52</sup>. Se antes a intenção apenas atribuir ao STF a iniciativa de lei para conferir efeitos *erga omnes* aos seus julgados, passando-se pela aprovação do Legislativo, após a citada Emenda o STF passou a ter competência para, sem a interferência dos demais poderes, atribuir eficácia geral e vinculante a suas decisões por meio da edição de SV. Tais fatos demonstram a natureza legislativa dessa Súmula, como defende JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA (2009, p. 14-15, apud MARTINS, 2012), tendo em vista possuir todos os atributos de uma lei: abstração, generalidade, coercibilidade e obrigatoriedade. LÊNIO LUIZ STRECK (2005, p. 113, apud KHOURI e TAVARES, 2014) vai além ao afirmar que

com o poder de editar súmulas, os Tribunais passam a ter um poder maior do que o Legislativo. Se se impedir que – das decisões exaradas em conformidade com as súmulas – sejam interpostos recursos, o Poder Judiciário estará acumulando as duas funções (legislativa e judiciária), petrificando o sentido do texto (e da norma exsurgente desse texto.)

Afora a SV, o Poder Judiciário é capaz de regulamentar norma com vistas a tornar viável “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à

---

<sup>52</sup> Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

nacionalidade, à soberania e à cidadania” (inc. LXXI, art. 5ª da CFB), fazendo-o por meio do Mandado de Injunção (MI). Essa omissão legislativa pode ser tanto total como parcial.

No caso do MI, “cabe ao juiz determinar o *modus faciendi*”, estabelecendo, na situação presenciada, “como deve ser exercido o direito garantido pela CF” (NERY JUNIOR e ROSA NERY, 2019). No entanto, a esse efeito ao caso concreto pode ser atribuído eficácia geral, tal qual uma lei, como permite a Lei 13.300/16<sup>53</sup>, que regula o processo e julgamento de MI, desde que essa medida, de atribuir efeito *erga omnes*, seja “inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração” (§ 1º, art. 9º).

Além disso, acrescenta-se que a LINDB, ao permitir que o julgador supra uma omissão legislativa, devendo decidir “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4ª), impõe ao juiz o encargo de tomar uma decisão criando uma verdadeira lei a ser aplicada ao caso concreto, pois atua suprimindo uma omissão legislativa, portanto age como se legislador o fosse.

De fato, o Judiciário não apenas legisla rotineiramente, como também administra (função executiva), tal qual nos casos em que compele, após ação judicial, o Estado a oferecer leito hospital a determinada pessoa, mesmo que existam outros na sua frente na fila de espera por uma vaga.

Assim, restringir o debate acerca da combinação de leis ao argumento de que o Judiciário adentraria à competência do Legislativo é limitar o debate a respeito dessa temática, pois não raramente o Judiciário atua legiferante.

Em verdade, o foco principal desse debate deve ser a seguinte indagação: qual o sentido da palavra “lei” quando a CFB prevê que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (inc. XL, art. 5º)? Para responder a essa questão é necessário, primeiramente, solucionar uma outra: qual o alcance das normas constitucionais sobre direitos e garantias fundamentais? De fato, a norma constitucional supracitada está inserida no âmbito dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, a fiel aplicação dessa previsão está diretamente ligada à correta interpretação e, conseqüentemente, ao alcance, das normas garantidores dos direitos fundamentais.

---

<sup>53</sup> Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.

## 5 O ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Novamente, antes de se adentrar à análise do alcance dos Direitos Fundamentais, é necessário tecer algumas considerações do que seja interpretar e do que são tais direitos para, ao final, propor quais os melhores métodos a serem aplicados na interpretação dos Direitos Fundamentais.

### 5.1 O que é interpretar?

O termo “interpretar” possui origem do latim *interpretare*, significando entrar mais, penetrar. De fato, são vários os conceitos do que seja o ato de interpretar. BARROSO (2009), por exemplo, conceitua interpretação como a “atividade de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto”. RICARDO SOARES (2019), por sua vez, expõe que a prática interpretativa indica “uma espécie de compreensão dos fenômenos culturais, que se manifestam através da mediação comunicativa estabelecida entre uma dada obra – como, por exemplo, o sistema jurídico – e a comunidade humana”.

Gramaticalmente, o dicionário Michaellis define interpretar como o “determinar com precisão o sentido de um texto”, “descobrir o significado obscuro de algo”. Já o dicionário Houaiss a conceitua como “determinar o significado preciso”, “dar certo sentido”.

Em se tratando do âmbito jurídico, PABLO E. NAVARRO e JORGE L. RODRÍGUEZ (2011) expõem que “a interpretação jurídica apresenta duas dimensões diferente: a relação entre os textos jurídicos e os seus significados e a derivação das consequências normativas das normas jurídicas”.

Bem lembra BARROSO (2009) o fato de que “a interpretação constitucional é um fenômeno múltiplo sobre o qual exercem influência (a) o contexto cultural, social e institucional, (b) a posição do intérprete, (c) a metodologia jurídica”.

O Ministro ainda expõe, sustentando-se em Savigny, como métodos ou elementos clássicos da interpretação jurídica a gramatical, histórica, sistemática e teleológica, ressaltando que “nenhum método deve ser *absolutizado*: os diferentes meios empregados ajudam-se uns aos outros, combinando-se e controlando-se reciprocamente”.

## 5.2 O que são os direitos fundamentais?

Explicitado o que seria o ato de interpretar, é necessário compreender o que são os direitos fundamentais, para após discorrer se qual interpretação adequada se deve dá a esses direitos.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2005, p. 178), conceitua direitos fundamentais como

aqueles prerrogativas e instituição que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

PRIETO SANCHIS (apud GILMAR MENDES e PAULO GONET, 2018), da mesma forma, expõe que “historicamente, os direitos humanos têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e, por conseguinte, somente estaremos em presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito ou a instituição ser a algum desses valores”.

Diante da diversidade de conceituação dos direitos fundamentais, PAULO GONET (2019) indica quais são suas características, a saber:

- a) universalidade: o ser humano é titular dos direitos fundamentais, independentemente de sua classe, orientação sexual, cor ou outros critérios diferenciadores;
- b) absolutariedade: os direitos fundamentais se encontram no topo da hierarquia jurídica, não podendo ser restringido por outros direitos que não fundamentais;
- c) historicidade: explicita a “índole evolutiva dos direitos fundamentais”, movida por revoluções e reivindicações. Esses direitos são adquiridos com o passar da história;
- d) inalienabilidade: o titular não pode ceder seu direito, mesmo que voluntariamente, tendo em vista ser inerente à natureza humana (universalidade);
- e) indisponibilidade: nulo qualquer ato do titular no sentido de renunciar ou praticar qualquer ato de disposição dos direitos fundamentais;

- f) constitucionalização: normalmente, os direitos fundamentais são previstos nas constituições, em toda sua extensão, ainda que implicitamente;
- g) vinculação do Estado: trata-se da eficácia vertical dos direitos fundamentais, obrigando o Poder Estatal a agir nos limites previstos por esses direitos;
- h) vinculação dos particulares: não apenas o Estado é obrigado a respeitá-los, como também os são os particulares sem suas relações entre si (eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>54</sup>);
- i) aplicação imediata: não existiria sentido em se criar direitos, principalmente aqueles qualificados como fundamentais, se não fosse possível sua aplicação. Dessa forma, a própria CFB prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (§ 1º, art. 5º).

### 5.3 Espécies/métodos de interpretação

#### 5.3.1 *Interpretação subjetiva/original vs Interpretação objetiva/não-original*

Existem diversas formas de se interpretar as normas acerca dos direitos fundamentais. Dando início a esse estudo, BARROSO (2009) destaca a corrente subjetivista e a objetivista. Naquela se busca “identificar a *mens legislatoris*”, a vontade do legislador, ao passo que nessa é visada a “vontade objetiva e autônoma da lei”, a *men legis*. Pontua o Ministro que atualmente predomina a visão objetiva. Em suas palavras,

De fato, uma vez posta em vigor, a lei se desprende do complexo de pensamento e tendências que animaram seus autores. Isso é tanto mais verdade quanto mais se distancia no tempo o início de vigência da lei. O intérprete, ensinou Ferrara, deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis* e não a *mens legislatoris*. Não é, propriamente, que a vontade subjetiva do legislador de ocasião seja inteiramente indiferente. O que remarcam os objetivistas é que ela não é determinante e deve concorrer com outros fatores relevantes.

---

<sup>54</sup> A eficácia do horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro passou a ser firmada quando do julgamento do RE 201.819-8/RJ, pela Segunda Turma do STF, oportunidade na qual o Sr. Min. Rel. Gilmar Mendes pontuou que “o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos (fundamentais) às relações privadas”. Ao final, restou consignado na Ementa que “as violações e direitos fundamentais não correm somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estado direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”. Em verdade, nessa ocasião, mesmo que não explicitamente, o STF aplicou o princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais, o qual será a seguir melhor delineado.

CLÁUDIO PEREIRA e DANIEL SARMENTO (2016) também criticam a corrente originalista. Para eles, “do ponto de vista da teoria constitucional, o originalismo não faz o menor sentido. Ele não é senão uma estratégia política, travestida de teoria constitucional, que busca promover uma agenda conservadora” (p. 418).

Em verdade, a interpretação objetiva muito se aproxima da gramatical/textual/literal/filológica/semântica, que busca atribuir significados aos enunciados normativos, servindo a palavra como limite da interpretação. Trata-se do primeiro momento interpretativo, pois ocorre no contato norma-interprete.

Ressalta BARROSO (2009) que o “interprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica”.

De fato, a interpretação gramatical oferece respostas a diversas indagações, mas ele não é bastante para solucionar todas as problemáticas, isso porque a Constituição, não raramente, utiliza preceitos vagos, possíveis de diferentes interpretações, por exemplo o que seria “lei”, para se saber como se dá a retroatividade da lei penal mais benéfica. CLÁUDIO PEREIRA e DANIEL SARMENTO (2016) também lembram que, pelo fato da Constituição se dirigida a toda população, e não apenas aos profissionais do Direito, em regra geral os termos devem ser interpretados no seu sentido comum, ordinário.

Também se aproxima da interpretação teleológica. Nesse caso, deve o intérprete buscar a *ratio* da norma, sua razão de ser, que redefine o seu sentido no tempo sem a necessidade de sofrer alteração em sua letra: “a finalidade de uma norma, portanto, não é perene, e pode evoluir sem modificação de seu texto” (BARROSO, 2009). Ocorre, por exemplo, na mutação constitucional, fruto da interpretação constitucional evolutiva, quando a norma passa a possuir novo sentido, sem que seu texto tenha sido alterado, em razão de fatores externos, como política, economia, meio ambiente, entre outros.

Já a interpretação subjetiva, assemelha-se à histórica, consistente no “esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador” (BARROSO, 2009). No entanto, ressalta CLÁUDIO PEREIRA e DANIEL SARMENTO (2016, p. 417) que “a relevância do elemento histórico é inversamente proporcional ao tempo decorrido desde a edição da norma constitucional. Interpretar um preceito editado há várias gerações, com base nos valores

vigentes à época, produzirá, muito provavelmente, anacronismo injustificados e soluções conservadoras”.

Finalizando, na interpretação sistêmica o interprete deve observar a unicidade do sistema normativo: as leis devem ser interpretadas como um todo unitário, não existindo normas espaciais, sem conexão com as demais.

### ***5.3.2 Interpretação declarativa vs Interpretação restritiva/estrita vs Interpretação extensiva/ampliativa***

A interpretação também pode ser declarativa, restritiva ou extensiva. Por interpretação declarativa se tem “quando exista congruência plena entre as palavras da norma e o sentido que lhes é atribuído pela razão, quando coincidem o elemento gramática e o elemento lógico” (BARROSO, 2009). Nesse caso, o legislador diz o que queria dizer.

Não ocorrendo essa congruência, cabe ao intérprete corrigir o sentido da norma. Essa incongruência pode se dá de duas formas: o legislador disse mais do que queria, ou disse menos. Na primeira ocasião se aplica a interpretação restritiva, limitando o alcance das normas para alcançar seu verdadeiro sentido, ao passo que na segunda se deve ampliar o alcance normativo, utilizando-se da interpretação extensiva.

Ensina BARROSO (2009) que

A doutrina, de forma um tanto casuística, procura catalogar as hipóteses de interpretação restritiva e extensiva. Há certo consenso de que se interpretam restritivamente as normas que instituem as regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal. Comportam interpretação extensiva as normas que asseguram direitos, estabelecem garantias e fixam prazos.

Utilizando-se desse raciocínio, as normas de direitos e garantias fundamentais devem ser interpretadas extensivamente, ampliando seu alcance.

### ***5.3.3 Interpretação clássica vs Interpretação científico-espiritual vs Interpretação tópica vs Interpretação hermenêutica-concretizadora vs Interpretação jurídica-estruturante***

Como adiantado anteriormente, a interpretação com o método clássico se baseia nos elementos gramatical, histórica, sistemática e teleológica. A Constituição deveria ser interpretada como as demais normas. No entanto, esse modelo apresenta diversas fragilidades.

Em verdade, lembram GILMAR MENDES e PAULO GONET (2018) que tais fragilidades se devem ao fato de que, enquanto as demais normas possuem elevada densidade normativa, a Constituição vai além, pois prevê parâmetros e orienta a ação política. Dessa forma, “percebe-se que o método clássico não foi concebido para esses casos e se sente a necessidade de alternativas para lidar com preceitos desse cariz”.

A interpretação científico-espiritual, por sua vez, expõe que a interpretação deve ter como base a cultura e valores do povo. Como os esses elementos mudam com o tempo, a interpretação também sofre alterações, o que pode levar a inseguranças jurídicas.

Já na interpretação tópica, o intérprete possui como objetivo a solução de um problema. Dentre as normas existentes se deve escolher aquelas que solucione adequadamente o impasse. Ocorre que esse “método supõe um consenso sobre o conteúdo da Constituição e sobre os valores que nela se inserem, o que dificulta a sua operacionalidade em sociedades distinguidas pela polarização ou pela multiplicidade de visões em torno de valores políticos e morais” (GILMAR MENDES e PAULO GONET, 2018). De fato, o uso dessa modelo interpretativo encontra óbices em sociedades como a brasileira, devido à enorme diversidade cultural, social e econômica existentes.

Esse modelo encontra semelhanças com a interpretação hermenêutica-concretizadora. A diferença está no fato de que enquanto na tópica se parte do problema, nessa o ponto de partida é o próprio texto constitucional. Como explicam GILMAR MENDES e PAULO GONET (2018), “para obter o sentido da norma, o intérprete arranca da sua pré-compreensão do significado do enunciado, atuando sob a influência das suas circunstâncias históricas concretas, mas sem perder de vista o problema prático que demanda a sua atenção”. Por pré-compreensão se entende não apenas o subjetivo do intérprete, como outros elementos a sua volta, tais quais cultura, economia e política. Essa relação intérprete-constituição-problemática faz surgir o “círculo hermenêutico”. Esse pensamento prévio pode ou não se confirmar no futuro, com a aplicação ao problema.

Adverte, porém, CLÁUDIO PEREIRA e DANIEL SARMENTO (2016) que o intérprete deve estar disposto a alterar sua pré-compreensão, não se limitando a um pensamento imutável. Além disso a interpretação hermenêutica-concretizadora pode resultar em conclusões totalmente conflitantes, principalmente em sociedades com elevada diversidade cultural, política e econômica, como no Brasil.

A interpretação jurídica-estruturante decorre da hermenêutica-concretizadora, com a ênfase de que norma e texto não são sinônimos, pois enquanto esse é o “programa normativo”, aquela é composta pelo “domínio normativo”, a realidade social existente. O intérprete deve partir dessa realidade quando da interpretação.

#### ***5.3.4 Princípio da concretização normativa, da máxima efetivação dos direitos fundamentais e do in dubio pro reo***

Embora não sejam métodos interpretativos, a concretização normativa e a máxima efetivação dos direitos fundamentais ou maximização das normas constitucionais são princípios<sup>55</sup> que norteiam a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Já o princípio do *in dubio pro reo* está relacionado ao Direito Processual Penal, aplicando a orientação mais favorável ao réu em caso de dúvida.

A concretização normativa busca conciliar a norma e a realidade social, visando à diminuição de opressão e desigualdades. Nos dizeres de CLÁUDIO PEREIRA e DANIEL SARMENTO (2016, p. 425), “o que se requer da Constituição é que se possa transformar a realidade, servindo à superação de configurações sociais consolidadas, que se caracterizam pelo arbítrio e pela opressão”.

Já pela efetividade se tem a “concretização do comando normativo” (BARROSO, 2009). O princípio da máxima efetividade, também chamado de princípio da interpretação extensiva ou da eficiência, por sua vez, orienta os intérpretes da Constituição a interpretar suas normas “em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo” (MENDES, INOCENCIO COELHO e PAULO GONET, 2009, p.140). Essa otimização deve ser elevada ao grau máxima em se tratando de direitos fundamentais, densificando seu conteúdo e o interpretando expansivamente.

CANOTILHO o considera como “princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais” (1993, p. 227). No caso de dúvida acerca da interpretação das normas de direitos fundamentais, deve-se aplicar aquela que garanta maior eficácia à concretização a esses direitos.

---

<sup>55</sup> Para MIGUEL REALE JÚNIOR (2013), princípio, em sua concepção lógica, refere-se a “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”. Acrescentando-se a esse ensinamento, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (et al 2016, p. 60) pontua que “**um princípio prescreve um direito**, e por isso, contém exigência de justiça” (grifos originais).

Por vezes o STF recorre ao princípio da máxima efetividade para fundamentar suas decisões, como o fez no julgamento do Ag. Reg. no RE 328.812-1/AM e do RE 596.152/SP, sendo que neste, sob a justificativa da máxima eficácia da Constituição, corolário da máxima efetividade dos direitos fundamentais, permitiu o STF a combinação de leis penais em benefício do réu, como foi acima detalhado.

Pelo princípio do *in dubio pro reo*, como já adiantado, deve-se, diante da incerteza, aplicar o posicionamento que mais favoreça o réu: na dúvida se beneficia o réu. Esse princípio decorre da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no inc. LVII, art. 5º da CFB: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O *in dubio pro reo* é comumente utilizado quando existem dúvidas sobre a materialidade ou autoria do crime. Assim, não existindo certeza se realmente o delito ocorreu ou não, bem como ter sido o réu o seu autor, deve-se absolvê-lo.

No entanto, não há razões para limitar a aplicação desse princípio a essas situações. Em verdade, ele também deve ser aplicado quando da interpretação da norma. Dessa forma, existindo diversas interpretações possíveis, deve-se adotar aquela que mais beneficie o réu, inclusive em se tratando de normas constitucionais. Aplicando esse pensamento acerca da possibilidade ou não da combinação de leis para favorecer o réu, deve-se adotar o posicionamento da admissibilidade. A lei penal mais benéfica retroage, atingindo fatos pretéritos. Em nenhum momento a CFB limita que a retroação da lei se dê em sua integridade. Isso fez surgir um debate doutrinário e divergências jurisprudenciais, como acima demonstrados. No entanto, ocorrendo mais de uma interpretação possível, ambas fundamentada e adequadas ao pensamento da CFB, deve-se adotar aquela que mais favorece o réu, ou seja, admitir-se a retroatividade apenas de parte da lei, aplicando-a conjuntamente à lei antiga nos aspectos que mais possa favorecer o réu.

#### **5.4 “E agora José?”**

Como exposto, existem vários métodos interpretativos. No entanto, tendo como norte os princípios da concretização normativa, máxima efetivação dos direitos fundamentais e *in dubio pro reo*, deve-se selecionar aqueles que melhor se adequam aos Direitos Fundamentais.

Desse modo, pela interpretação objetiva, na qual o intérprete deve buscar aquilo que a norma quis dizer, pode-se concluir que a regra da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu teve como finalidade (*men legis*) favorecer o acusado, pois se de algum modo uma lei posterior torna sua situação mais branda é porque a sociedade passou a ser mais compassiva ao delito praticando, entendendo que mereça reprimenda mais leve. Assim, a lei deve retroagir, mesmo que apenas em parte, pois não seria justo que o réu continue a ser punido como se o grau de reprimenda pela sociedade fora aquele de antes, mais gravoso. Se agora a sociedade entende que a punição deve ser mais leve, não existem motivos para punir o agente como antes.

Além disso, a doutrina entende que a interpretação extensiva é aplicável às normas que asseguram direitos e estabelecem garantias, como é o caso da retroatividade da lei penal posterior mais favorável ao réu. Desse modo, deve-se interpretar lei na maior amplitude possível, inclusive considerando como lei apenas alguma parte, como um inciso ou um artigo, pois, por menor que seja, ainda será dotado de abstração, generalidade, coercibilidade e obrigatoriedade. O legislador poderia até mesmo criar uma lei com um único artigo que mesmo assim seria considerado lei. Então, se uma lei, formada exclusivamente por um artigo, se tratando de material penal, for mais favorável ao réu, pode retroagir, porque seria vedado a retroação de apenas um artigo inserido em um conjunto de artigos aos quais são atribuídos o *status* de lei?

O próprio STF utiliza a interpretação extensiva no que se refere ao conceito de “casa” previsto no inc. XI, art. 5<sup>a</sup> da CFB, no qual prevê que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Em verdade, o Ministro Celso de Mello, relatando o HC 93.050/RJ, julgado pela Segunda Turma do Supremo, pontuou que, nos termos da Ementa,

para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (Nelson Hungria).

Essa interpretação ampliativa do mesmo modo foi fundamento quando do julgamento do Recurso Ordinário em HC 90.376-2/RJ, também pela mesma Turma e com o

mesmo Relator, ingressando no conceito de casa “qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CPB, art. 150, § 4º, II)”, inclusive quartos de hotel.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a jurisprudência do STF pareça ter se estabilizado no sentido da impossibilidade da combinação de leis penais em benefício do réu, isso não implica afirmar ser tal posicionamento o correto e insuscetível de críticas, tanto o é que durante anos o entendimento do Supremo sofria variações. Tais oscilações, embora colocassem em risco a segurança jurídica, não significam o acerto em umas decisões e o erro em outras, até mesmo porque os atos judiciais são fundamentados. Não é razoável afirmar que antes o STF estava certo e agora está errado. O que se mostra é possível é apresentar novos argumentos com o fim de se avançar na aplicação do Direito. Além disso, a fixação de um posicionamento não impede que ele venha a ser modificado no futuro mediante as técnicas de superação (*overruling*) ou distinção (*distinguishing*).

Em verdade, mesmo com a aparente sedimentação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o debate continua na doutrina. No entanto, percebe-se que essa discussão se limita a dois fundamentos, um contra e um a favor: os contrários à combinação sustentam a tese de que isso violaria o princípio da separação dos poderes, pois o juiz criaria uma nova lei; os favoráveis à combinação, por sua vez, fundamentam seu entendimento afirmando que o texto constitucional não impõe limitações à retroatividade da lei penal posterior mais benéfica do réu e quem pode o mais (retroação da lei em sua integridade), pode também o menos (retroação apenas de parte da lei).

Este trabalho pretendeu oferecer uma nova linha argumentativa, despreendendo-se dos pensamentos engessados da doutrina no tocante a essa temática. De fato, não merece prosperar o argumento de que a combinação violaria a separação dos poderes, pois o juiz atuaria como um legislador. Em verdade, cada Poder possui sua função típica e atípica. Desse modo, inclui-se na função atípica do Judiciário o ato de legislar. Sua atuação legiferante se mostra presente na criação de seus regulamentos internos e, principalmente, com a edição das Súmulas Vinculantes e julgamento de Mandados de Injunção.

Uma nova visão acerca da temática da combinação de leis, proposta neste trabalho, tem como sustentação a interpretação constitucional das normas definidoras dos direitos

fundamentais. Decerto, sendo a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu uma norma constitucional inserida no título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, é necessário compreender como se dá a interpretação dessas normas, para que assim se possa aplica-las devidamente.

São várias os métodos interpretativos existentes. Ocorre que a interpretação das normas de Direitos Fundamentais deve se dá com base em três princípios: concretização normativa, máxima efetivação dos direitos fundamentais e *in dubio pro reo*. Tendo em vista esses três princípios, chega-se à conclusão de que essas normas devem ser interpretadas em grau máximo, abrangendo seu alcance, como a finalidade de evitar injustiças e sempre em favor do ser humano, mesmo que ele seja réu em uma ação penal. Inclusive o STF aplicou essa interpretação a considerar como caso e asilo inviolável os escritórios profissionais (julgamento do HC 93.050/RJ, pela Segunda Turma, sob relatoria do Ministro Celso de Mello) e quartos de hotéis (julgamento do Recurso Ordinário em HC 90.376-2/RJ).

Além disso, deve-se ter em mente que o surgimento de uma nova lei penal que de qualquer modo favoreça o réu significa que a sociedade passou a ser mais compassiva com aquele ato, admitindo uma punição mais severa. Se agora admite-se uma pena com maior brandeça, não há motivos para continuar a punir o agente com a mesma severidade que antes. Já a parte mais gravosa da nova não retroage por expressa vedação constitucional.

Todos esses argumentos levam a uma única conclusão: é possível a retroatividade da lei penal posterior somente na parte que mais beneficie o réu, aplicando-se, simultaneamente, a lei nova e velha, na parcela mais favorável ao acusado.

## REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. **Código Penal de la Nacion Argentina**. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_de\\_la\\_republica\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_de_la_republica_argentina.pdf). Acesso em: 23 jun. 2019.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. ISBN 978.85.209.2520-1.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. ISBN 978-85-309-7514-2.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN Digital 9788502095908. *E-book*.
- BATALHA, Wilson de Sousa Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN Digital: 9788547231606. *E-book*.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. ISBN 85-7420-023-9. *E-book*.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais: I Direitos fundamentais - tópicos da teoria geral. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. cap. 3, ISBN 9788547231132. *E-book*.
- BRASIL. **Código Penal brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm#art361](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm#art361). Acesso em: 23 jun. 2019.
- BRASIL. **Código Penal Militar brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm). Acesso em: 23 jun. 2019.
- BRASIL. **Constituição Federal brasileira**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 23 jun. 2019.
- BRASIL. **emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em 30 out. 2019.
- BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. **Lei de Introdução do Código Penal**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm). Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. **lei Nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm). Acesso em 30 out. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COSTA E SILVA, Antônio José da. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Ed. fac.similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da, apud SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1050-2. *E-book*.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal**: curso completo. 8. ed. rev. e consolidada em um único volume. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN Digital: 9788502136793. *E-book*.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte geral**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 9. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 9788502634626. *E-book*.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5147-5.

DITTICIO, Mario Henrique. **Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Costa Machado, organizador; David Teixeira de Azevedo, coordenador. 7. ed. Barueri,SP: Manole, 2017.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** [livro eletrônico]: parte geral. 2. ed. Colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. ISBN 978-85-5321-140-1. *E-book*.

ESPANHA. **Código penal**. Disponível em:  
[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20121008\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf). Acesso em: 23 jun. 2019

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. **Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, VI, do CPC/2015**. Disponível em:  
[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.252.17.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.252.17.PDF). Acesso em 29 out. 2019.

FLORES, Andrea; LOPES, Jodascil Gonçalves. **Manual de direito penal**. Coleção ícones do direito, coord. André Puccinelli Júnior. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 ISBN Digital: 9788502616806. *E-book*.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 3ª ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FROSALI, Raul Alberto. **Sistema penale italiano** – parte prima – Diritto penale sostanziale – I. Torino: Editrice Torinese, 1958.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal - v. I, tomo I - Série clássicos jurídicos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-15111-6. *E-book*.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. Isbn digital: 978-85-7626-941-0.

HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal: Volume I, Tomo I**: arts. 1º ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

ITÁLIA. **Codice Civile**. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>. Acesso em: 23 jun. 2019.

JESUS, Damásio de. **Direito penal 1**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN Digital 9788502618978. *E-book*.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-11331-2.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 83-336-0836-5.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-472-1207-0.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional - a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN Digital: 9788502146419. *E-book*.

MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal, volume 1**. Traducción por el padre José J. Ortega Torres, Bogotá: Editorial Temis Bogota, 1954. Título de original italiano: Diritto penale, 5ª edición, Bologna, 1951-1952 (Ed. N. Zanichelli).

MATTA, Caeiro. **Direito Criminal Português, Volume II**. Coimbra: F. França Amado Editor, 1911.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07819-2.

MICHAELIS. **Interpretar**. Disponível em:  
<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=interpretar>. Acesso em 20 set. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2001. ISBN 85-224-2771-2.

NASCIMENTO, Tubinambá Miguel Castro do. Eficácia da lei penal. *In*: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (coord.). **Direito Penal: Parte Geral I**. Edições especiais Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. II, p. 753-789. ISBN 978-85-203-3784-4.

NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L. Interpretação jurídica e a sistematização do direito. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). **Direito e interpretação: Racionalidades e instituições**. 1. ed. [S. l.: s. n.], 2011. ISBN digital 9788502132146. *E-book*.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal comentada [livro eletrônico]**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-361-0. *E-book*.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional [livro eletrônico]**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 9788520366431. *E-book*.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN Digital: 9788502217263. *E-book*.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: Volume 1: Introdução e parte geral**. Atualizada por Adalberto José Q. T. 36. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5466-6.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional [livro eletrônico]**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. ISBN 9788553210145. *E-book*.

NÚÑEZ, Ricardo C. **Derecho penal argentino, tomo primero, parte general**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

REALE JÚNIOR, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN Digital: 9788502136847. *E-book*.

ROCHA, José de Albuquerque, apud MARTINS, Rosemiro dos Reis. **Súmula vinculante inconstitucional: forma de controle de constitucionalidade e crise de legitimidade**. Revista de Direito Público, Londrina, V. 7, N. 1, P. 19-44, JAN./ABR. 2012. Disponível em:  
[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=11&ved=2ahUKEwjCsaCHiODkAhW6K7kGHe4ABSsQFjAKegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.uel.br%](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=11&ved=2ahUKEwjCsaCHiODkAhW6K7kGHe4ABSsQFjAKegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.uel.br%2F)

2Fvistas%2Fuel%2Findex.php%2Fdireitopub%2Farticle%2Fdownload%2F10595%2F10468&usg=AOvVaw0kF121XducA81n-CEQLkuf. Acesso em 20 set. 2019.

ROSSETTO, Enio Luiz Rossetto. **Código penal militar comentado [livro eletrônico]**. 1ª ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-5799-6. *E-book*.

ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general – tomo I – fundamentos**: La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, et al. 2ª ed. Madri: Civitas, 1997. ISBN 84-470-0960-2.

SANCHIS, Prieto, apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN digital: 9788547231132. *E-book*.

SENADO. **Projeto de Lei nº 236/2012**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404/pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. ISBN 85.7420.686-5.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN Digital: 9788553610228. *E-book*.

SÓCRATES, apud ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. ISBN 978.85.209.2520-1.

SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino – tomo I**. Primera reimpression. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1951.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN 978-85-7700-867-4.

STRECK, Lênio Luiz, apud KHOURI, Alice de Siqueira; TAVARES, Fernando Horta. **Súmulas Vinculantes e Força Normativa: Aspectos Críticos**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS, v. 9, n. 2, 2014. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&ved=2ahUKEwjEhZXNkuDkAhU8LLkGHW\\_GBbs4ChAWMAR6BAgAEAI&url=https%3A%2F%2Fseer.ufrgs.br%2Fppgdir%2Farticle%2Fdownload%2F50488%2F38301&usg=AOvVaw0qq3ikPgNWKcecnKqWRZkr](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&ved=2ahUKEwjEhZXNkuDkAhU8LLkGHW_GBbs4ChAWMAR6BAgAEAI&url=https%3A%2F%2Fseer.ufrgs.br%2Fppgdir%2Farticle%2Fdownload%2F50488%2F38301&usg=AOvVaw0qq3ikPgNWKcecnKqWRZkr). Acesso em 20 set. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al*, (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 9788553602360. *E-book*.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 86.459-7 Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402414>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. no habeas corpus 110.516 São Paulo**.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4790035>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 328.812-1 Amazonas**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=338777>. Acesso em 30 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. no recurso extraordinário com agravo 773.589 Distrito Federal**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6760365>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Conflito de jurisdição nº 5.147 – São Paulo**.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=28928>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Emb. Decl. no Ag. Reg. no habeas corpus 110.516 São Paulo**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5059087>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 101.511 Minas Gerais**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611555>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 103.831 São Paulo**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2161591>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 103.833 São Paulo**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617804>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 104.193 Rio Grande do Sul**.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626785>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 105.097 São Paulo**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1616005>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 105.282 Rio Grande do Sul**.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1845873>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 107.583 Minas Gerais**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2122439>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 108.963 Mato Grosso do Sul**.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3552491>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 110.046 Piauí**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4325156>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 111.645 São Paulo**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3172997>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 113.254 São Paulo**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3168458>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 115.197 Minas Gerais**. Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6002298>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas corpus 93.050-6 Rio de Janeiro**. Disponível

em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em 9 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 94.560 Minas Gerais**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614779>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 94.687 Minas Gerais**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614101>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 94.848-1 Mato Grosso do Sul**.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=592536>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 95.435-9 Rio Grande do Sul**.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559897>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 95.495 Minas Gerais**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4355605>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 96.430-3 São Paulo**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573797>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 96.844 Mato Grosso do Sul**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607277>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 97.094 Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3139813>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 97.136 Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614785>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 97.221 São Paulo**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616215>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 97.955 Mato Grosso do Sul**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1905914>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 97.977 Minas Gerais**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611530>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 98.190 Minas Gerais**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4657216>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 99.088 São Paulo**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081150>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 68416-5 Distrito Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70954>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 69.033-5 São Paulo**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71413>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 75.284-5 São Paulo**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75869>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 596.152 São Paulo**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730041>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 600.817 Mato Grosso do Sul**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026454>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso ordinário criminal nº 1.381 – 6 – São Paulo**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263145>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 101.278 Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611553>. Acesso em 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso ordinário em habeas corpus 90.376-2 Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456098>. Acesso em 09 out. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN Digital: 9788547202866. *E-book*.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *et al.* **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-6944-8.

TOLEDO, apud GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal - v. I, tomo I - Série clássicos jurídicos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-15111-6.

UOL. **Houaiss**. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#2>. Acesso em 20 set. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume I: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.