



**Universidade Federal do Ceará
Faculdade De Direito**

YORRAN LIRIO PRATES BARBOSA DE SOUSA

**ASPECTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA
POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS PARA O BENEFÍCIO DO RÉU**

**FORTALEZA
2014**

YORRAN LIRIO PRATES BARBOSA DE SOUSA

ASPECTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA
POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS PARA O BENEFÍCIO DO RÉU

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientador: Professor Msc. Raul Carneiro
Nepomuceno

FORTALEZA
2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- S725a Sousa, Yorran Lirio Prates Barbosa de.
Aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade de combinação de leis para o benefício de réu / Yorran Lirio Prates Barbosa de Sousa. – 2014.
49 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Penal.
Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.
1. Direito penal - Brasil. 2. Princípios gerais do direito. 3. Legalidade (Direito). 4. Leis – Retroatividade . I. Nepomuceno, Raul Carneiro (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

ASPECTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA
POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS PARA O BENEFÍCIO DO RÉU

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Professor Msc. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Tonny Ítalo Lima Pinheiro
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico este trabalho à minha família,
Aluisio, Regina, Aluisio Roger, Milena,
por serem meu tudo, meu amor maior e a
razão de eu ter conseguido realizar os
principais objetivos de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, prof. Raul Carneiro Nepomuceno, pelo auxílio neste trabalho, sempre com muita paciência, mostrando o porquê de ser uma das pessoas mais queridas e respeitadas de toda a Faculdade de Direito. Exemplo de pessoa, sempre dedicado ao que faz e um excelente profissional.

Ao Tonny Ítalo e ao Tarcísio Rocha, o meu especial e sincero agradecimento, por aceitarem meu convite de participar da Banca Examinadora desta monografia, os quais mostraram-se solícitos e simpáticos ao meu convite. Muito obrigado.

À minha família: minha mãe, minha rainha, meu exemplo. Posso dizer com certeza que se não fosse por ela ter segurado a barra quando meu pai faleceu, possivelmente eu não estaria nesta faculdade, fazendo este trabalho de conclusão de curso. Meu pai, que apesar de ter convivido somente 13 anos comigo, foi o suficiente para me transformar no homem que eu sou hoje. Meus irmãos Aluisio, Adriana, Dani e Nathalie, obrigado pelo amor e pela torcida constante. Fátima Queiroz, por ter cuidado tão bem de mim, da minha mãe e do meu irmão. Pessoa fundamental por eu ter ingressado nesta centenária faculdade

Aos meus amigos do Colégio da Imaculada Conceição e do Colégio Ari de Sá Cavalcante. Não consigo nem mensurar a importância de vocês. Mesmo apesar do pouco contato pela vida corrida, saibam que o carinho por vocês continua o mesmo e que estou sempre torcendo e vibrando por suas vitórias.

A todos os professores que eu tive a honra de ser aluno meu muito obrigado. Obrigado pelos elogios, pelas broncas, pelas críticas e pela amizade.

Na Faculdade de Direito, posso afirmar, com certeza, que conheci as pessoas mais sensacionais que existem. Dou destaque ao meu grupo, o Marquinho&Amigos. Galera, a faculdade seria mais difícil se não fosse por vocês.

Vitor e Yuri, se vocês foram os primeiros amigos que conquistei na Faculdade, como então não acreditar que os próximos 5 anos iriam me proporcionar os melhores anos da minha vida? E foi exatamente isso que aconteceu. Depois de vocês a vida ficou mais agradável ainda.

Eliz, minha amiga querida, como esquecer os apertos na linha 68 Messejana-Papicu via Cambeba? Tenho certeza que todos os seus esforços valerão a pena. Torço sempre por você.

Por último, e não menos importante, o meu amigo Pedro Ícaro. Amigo não,

irmão que a vida me deu. Estamos juntos na diversão, no estudo e pra tudo que a vida possa proporcionar daqui pra frente.

Minha namorada Milena, que eu tenho certeza que estará sempre ao meu lado nos momentos difíceis e nas glórias que estão por vir. Eu te amo e obrigado por fazer parte da minha vida

A todos que participaram da minha fase como estagiário, ao escritório Amex, ao Gabinete do Desembargador Francisco Bezerra Cavalcante e ao 20º Juizado Especial Cível e Criminal.

Ao falecido colega Mardônio cuja a morte prematura e violenta me motiva a ser alguém capaz de buscar a justiça e mudar de alguma forma o mundo.

A todos os meus verdadeiros amigos, desde os de infância aos dos tempos atuais – muitos ainda os mesmos – tanto pelo compartilhamento de momentos de dores e angústias quanto os de felicidade e alegria. Desde os muito próximos até os colegas de rotina, meus sinceros agradecimentos.

E a todas as demais pessoas que indiretamente contribuíram para a minha formação.

*“Viver e não ter a vergonha de ser feliz
Cantar (e cantar e cantar) a beleza de ser
um eterno aprendiz.” (Gonzaguinha)*

RESUMO

O presente estudo visa analisar a possibilidade de se combinarem leis que se sucedem no tempo com o objetivo de beneficiar o réu. O poder legislativo, muitas vezes pressionado pela opinião pública, acaba por criar muitas leis de conteúdo penal, ora endurecendo o tratamento, ora relaxando. Sabe-se que a Constituição só permite a retroatividade da lei penal quando esta é benéfica. Porém há casos em que a lei posterior traz em seu conteúdo partes benéficas e partes maléficas ao acusado, fazendo com que o magistrado tenha dúvida na hora de aplicar a lei ao caso concreto. Nesse sentido, far-se-á, inicialmente, uma abordagem a partir dos princípios que embasam o Direito Penal. Em seguida, serão feitas considerações a respeito da combinação de leis analisadas pela doutrina nacional e estrangeira. Também será brevemente analisado o projeto do novo Código Penal que trata expressamente do tema da combinação de leis penais para beneficiar o réu. Após, será realizada uma análise detalhada da evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal relativas ao tema. A partir da descrição do fenômeno da combinação de leis penais, serão expostos argumentos que reforçam a vedação a tal conjugação de leis, de modo a demonstrar que se for dado ao juiz pinçar parte de duas leis diferentes para ser aplicado ao caso concreto, estará sendo violado o princípio da separação de poderes, cláusula pétrea da nossa Constituição.

Palavras-chave: Direito Penal. Combinação de Leis Penais. Princípio da Separação dos Poderes.

ABSTRACT

This study aims to examine the possibility of combining laws which follow in time in order to benefit the defendant. The Legislative, often under pressure from opinion poll, ends up creating many criminal laws, sometimes _recrudescing how to deal with the defendant, sometimes relaxing. It is known that the Constitution only allows retroactivity of criminal law when it is beneficial. But there are cases in which the subsequent law brings in beneficial content , as well as harmful content to the accused, making the judge have doubts when applying the law to the case. So it will be made, initially, an approach from the principles that underlie the criminal law. Then considerations concerning the combination of laws considered by national and foreign doctrine will be made. It will also be briefly discussed the Project of the new Criminal Code which expressly deals with the topic under study. After that, a detailed analysis of the evolution of the jurisprudence of the Supreme Court and the Federal Court about the topic will be held. From the description of the phenomenon of combination of criminal laws, arguments that reinforce the seal to such a combination of laws will be exposed, in order to show that, if the judge combining parts of two different laws to be applied to the case, the principle of separation of powers(entrenchment clause of our Constitution) will be violated.

Key-Words: Criminal Law. Combination of Penal Laws. Principle of Separation of Powers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Tema da Combinação de Leis Penais ..	13
2.1 Considerações Introdutórias: a Eficácia Normativa dos Princípios.....	13
2.2 Princípio da Legalidade	15
2.3 Princípio da Extratividade da Lei Penal	19
2.4 Princípio da Separação dos Poderes	22
3 Combinação de Leis Penais em Favor do Réu na Doutrina Nacional e no Direito Comparado e Como o Tema da Conjugação de Leis Está Sendo Tratado no Projeto de Lei do Novo Código Penal.....	25
3.1 Conceito e Posição da Doutrina Brasileira.....	25
3.2 Combinação de Leis e o Direito Comparado	30
3.3 A Combinação de Leis Penais em Benefício do Réu e o Projeto de Lei do Novo Código Penal	33
4 Análise Jurisprudencial Acerca do Tema da Combinação de Leis Penais em Benefício do Acusado	36
4.1 Decisões Favoráveis à Combinação de Leis Penais	36
4.1.1 Decisões do STJ.....	36
4.1.2 Decisões do STF	39
4.2 Decisões Contrárias à Combinação de Leis Penais	41
4.2.1 Decisões do STJ.....	41
4.2.2 Decisões do STF	44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

1 INTRODUÇÃO

É sabido que a nossa sociedade, principalmente após a Revolução Industrial, passa por uma constante e rápida evolução. Ao passo que suas mudanças são extremamente rápidas, o mesmo não se pode falar do Direito, que muitas vezes não consegue acompanhar o ritmo daquela.

É o que acontece principalmente no Direito Penal. Situações que antes eram consideradas normais, passam a não ser mais toleradas. Ou então situações que antes eram consideradas como crime, com o passar do tempo passam a ser aceitas pela maioria. Pode-se ainda citar fatos que já eram considerados criminosos, porém que recebem uma maior reprovação ao ponto de precisarem ser revistos com o intuito de endurecer o tratamento outrora dado, ou o contrário, o tratamento dado a certa conduta criminosa é muito rígido e passa a ser necessário um abrandamento.

Seja por uma nova política criminal, seja por pressão popular, o fato é que a atividade legislativa referente à criação e extinção de crimes, bem como à mudança no tratamento em relação a certos delitos já existentes, acontece todos os anos no Brasil.

Quanto à criação e extinção de crimes, a regra é de fácil aplicação. Não há crime sem lei anterior que o defina, conforme exposto expressamente na nossa Constituição. Deste modo, quando é criado um crime, a lei só irá reger os fatos posteriores a sua vigência.

Quando há extinção, a lei penal irá retroagir, conforme disposto na Constituição e no nosso Código Penal. Desta forma, mesmo que haja condenação transitada em julgado, a lei nova será aplicada, porque é benéfica. O mesmo se pode falar da lei completamente benéfica que, não abolindo um crime do nosso ordenamento, melhore a situação do réu, a qual deverá ser aplicada ao agente delituoso, mesmo o condenado transitado em julgado.

O que vemos no parágrafo acima é o princípio da retroatividade benéfica, que não nos deixa dúvida de sua aplicação, principalmente quando a lei nova é totalmente benéfica ao réu. Porém existem situações nas quais não é fácil a aplicação deste princípio, pois há casos em que a lei nova traz partes que sejam favoráveis ao réu, mas traz também alguns excertos que sejam mais perniciosos a este.

Neste caso, surge a dúvida no aplicador do Direito se ele deve aplicar a lei

vigente ao caso concreto, ou aplicar a lei posterior que não é completamente benéfica ao acusado, ou então se ele deve combinar a lei vigente com a lei posterior, naquilo em que forem benéficas ao réu.

Feitas tais considerações, a presente monografia busca fazer uma análise acerca dessa possibilidade de se conjugar leis penais para o benefício do agente. Para tanto, será apresentada uma estrutura organizacional pautada em capítulos, desenvolvendo a temática por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No capítulo dois, procurar-se-á, primeiramente, conceituar os princípios diretivos do Direito Penal, com enfoque especial para os princípios constitucionais aplicáveis à matéria.

No capítulo três, será abordada a maneira como o tema da combinação de leis é tratada tanto na doutrina nacional, quanto na doutrina estrangeira.

No capítulo quatro, será analisado como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal encaram o tema da combinação de leis penais.

Finalizando, no capítulo cinco será feita uma breve análise de como a conjugação de leis está sendo tratada no Projeto de Lei do Novo Código Penal.

Assim, levando-se em conta que o instituto da combinação de leis penais não é regulamentado ainda pelo ordenamento pátrio e considerando ainda a divergência tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, mostra-se pertinente analisar esse fenômeno no presente trabalho, colocando-se em destaque argumentos jurídicos contra e a favor de sua aplicação.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO TEMA DA COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS

Primeiramente, buscar-se-á demonstrar a eficácia normativa dos princípios, para só então serem analisados os princípios da legalidade, da extratividade e da separação de poderes e se estas normas são compatíveis com o tema da combinação de leis penais em benefício do réu.

2.1 Considerações Introdutórias: A Eficácia Normativa Dos Princípios

Com o fim de demonstrar a importância dos princípios constitucionais em matéria penal, é imperioso destacar, mesmo que de forma breve, a sua eficácia normativa.

Marcelo Novelino ensina que:

A constituição é um sistema normativo aberto de princípios e regras que, assim como os demais estatutos jurídicos, necessita das duas espécies normativas para exteriorizar os seus comandos. Isso porque um sistema baseado apenas em princípios poderia conduzir a um sistema falho em segurança jurídica. Por seu turno, um sistema constituído exclusivamente por regras exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa (legalismo, “sistema de segurança”), não permitindo a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses de uma sociedade plural e aberta.¹

Quanto à tendência contemporânea de diferenciar princípios de regras, consideradas espécies do gênero norma jurídica, Luís Roberto Barroso destaca que:

(...) a dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.²

Norberto Bobbio, por sua vez, conclui que “os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema (...). Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras e esta é também a tese

¹ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Método, 2013, p. 117 e 118

² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação Constitucional Aplicada da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141.

sustentada por Crisafulli”.³

Paulo Bonavides, quanto às fases e teorias a respeito da eficácia normativa dos princípios, nos traz que:

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes da última década do século XX. As novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.⁴

Vale destacar também os ensinamentos de Dworkin e Alexy que muito contribuíram para a elevação dos princípios à categoria de norma jurídica e, desta forma, de observância obrigatória quando da solução de um caso específico.

Dworkin diferencia princípios de regras, afirmando que estas são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Isso quer dizer que “regras são normas que estabelecem consequências jurídicas a serem automaticamente aplicadas quando se realizam as condições nela previstas”⁵.

Já os princípios não seguem este modelo automático de aplicação, consubstanciando-se em um fundamento a ser observado no caso concreto. Destaca-se que os princípios têm ainda uma dimensão de peso, ao contrário das regras, conforme destaca Dworkin:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente não será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.⁶

Por sua vez, Robert Alexy, entende os princípios como mandamento de otimização “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo

³BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed., UnB, 1996, p. 191.

⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso do Direito Constitucional**. 28a.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.273.

⁵NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Método, 2013, p. 122.

⁶DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 1ª.ed., São Paulo: Martins Fontes Editora, 2002, p.42 e 43.

fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Ainda de acordo com Alexy, a diferenciação entre princípios e regras fica mais fácil quando da análise dos casos de conflito entre princípios e o conflito entre regras. Quando do conflito entre regras, somente haverá solução “se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”⁷.

Ao passo que quando do conflito entre princípios, afirma Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido – , um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.⁸

Portanto, pode-se concluir que quando existe um conflito entre princípios, o princípio “perdedor” não é inválido, somente foi dado maior peso ao outro princípio colidente.

A eficácia normativa e instrumental dos princípios lastreia, haja vista estes serem verdadeiras normas jurídicas, a análise da possibilidade ou não de conjunção de leis em favor do réu.

2.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade tem origem na Magna Carta de 1215, na qual é afirmado que “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra.”.

De acordo com o Professor Guilherme de Sousa Nucci, “ a garantia tinha por finalidade evitar que alguém fosse preso ou privado de seus bens pela vontade singular do soberano, obrigando que os magistrados aplicassem, efetivamente, as leis

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª.ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª.ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93 e 94.

consuetudinárias à época consagradas pela comunidade”.⁹

Embora admita-se a origem do princípio da legalidade pela Magna Carta do rei João Sem-Terra, tal princípio somente foi desenvolvido com o movimento Iluminista, o qual foi reconhecido como uma verdadeira conquista do indivíduo frente ao poder de polícia do Estado, constituindo uma real limitação ao poder Estatal de influenciar na esfera de liberdade das pessoas.

De acordo com a doutrina de Paulo Bonavides:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibussolutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas¹⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, que diz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, sendo esta redação pouco diferente da que é trazida pelo nosso Código Penal no artigo 1º.

A título de complementação, no Direito Internacional, podemos encontrar o princípio da legalidade também no artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos, no Estatuto de Roma, no seu art. 22, bem como no Convênio Para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, no seu art. 7º §1º.

Conceituando tal princípio, pode-se dizer que ele constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdade do indivíduo. Desta forma, o ente Estatal não pode considerar uma conduta como criminosa, nem lhe aplicar uma sanção, se tal ato não estiver previsto em uma lei, que em regra será uma lei ordinária, podendo, em certos casos, ser uma lei complementar.

Dissertando sobre o princípio da legalidade, afirma Cesar Roberto Bittencourt:

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal Parte Geral Parte Especial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P.84 e 85.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1994, p. 112

ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados. Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da reserva legal através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.¹¹

Desta forma, vê-se que o autor destaca o caráter limitador do princípio da legalidade em relação ao poder punitivo estatal afirmando, ainda, ser função exclusiva da lei a criação de crimes.

Quanto aos fundamentos do princípio da legalidade, pode-se destacar três: político, democrático e jurídico.

Pelo fundamento político, temos a obrigatoriedade de vinculação dos poderes Executivo e Judiciário a leis formuladas de forma abstrata pelo Legislativo, impedindo, por conseguinte, o poder punitivo com base no livre arbítrio. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes

Força vinculante do princípio da legalidade: a consequência mais importante derivada da constitucionalização do princípio da legalidade criminal e penal, contemplada no já mencionado art. 5.º, XXXIX (Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), assenta-se na sua força vinculante, inclusive e especialmente em relação a todos os poderes públicos. Até mesmo o legislador, destarte, a ele está subordinado. Isso significa sobretudo que não lhe é lícito abrir mão do monopólio 'tendencialmente absoluto' (no sistema brasileiro) de definir crimes e estabelecer sanções”¹²

Quanto ao fundamento democrático, temos que o parlamento deve ser o único ente responsável pela criação de crimes, tendo em vista o princípio da divisão de poderes. Compactuando do mesmo entendimento, Luiz Flávio Gomes:

(...)a segunda fundamentação radica no princípio da democracia baseada na divisão de poderes. A aplicação da pena constitui uma ingerência tão dura na

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral. 13ª ed. Vol. 1.** São (Paulo, Saraiva, 2009. p.11.

¹² GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito Penal Parte Geral. 2ª ed. Vol. 2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.35.

liberdade do cidadão que a legitimação para determinar seus pressupostos só pode residir na instância que representa mais diretamente o povo como titular do poder do Estado: o Parlamento como representação eleita do povo. Mediante a divisão de poderes, que se expressa no princípio da legalidade, libera-se o juiz da função de criação do direito e se lhe reduz a função de aplicação do direito, enquanto ao executivo lhe é excluída totalmente a possibilidade de cooperar na punição e desta maneira se impede qualquer abuso do poder do mesmo neste campo.¹³

Destaca-se no trecho acima citado, que a função do juiz é de simplesmente aplicar o direito, enquanto que ao parlamento caberá a função de produção de leis de forma geral e abstrata, sendo o único legitimado para tanto.

Pelo fundamento jurídico, uma lei, para produzir efeitos intimidativos, deve ser prévia e clara. É este o entendimento de Luiz Flávio Gomes:

...uma terceira fundamentação do princípio da legalidade é de natureza jurídico-penal e originariamente tem por base a teoria da coação psicológica de FEUERBACH: se o fim da cominação penal consiste na intimidação de delinquentes potenciais, a determinação psíquica que se pretende só pode ser alcançada se antes do fato é fixada na lei, da forma mais exata possível; é fundamental saber-se qual a ação proibida. Pois se falta uma lei prévia ou esta é pouco clara, não se poderá produzir o efeito intimidatório, porque ninguém saberá se sua conduta pode acarretar uma pena ou não.¹⁴

Desta forma, ao relacionar tal princípio com o tema deste trabalho, tem-se que, quando da aplicação do direito ao caso concreto, haverá uma afronta direta ao princípio da legalidade se este magistrado combinar parte de uma lei revogada a uma lei que esteja em vigor.

Isso porque, se um juiz optar por aplicar uma causa de diminuição de uma lei nova em combinação com uma pena de outra norma revogada, o resultado desta combinação será uma lei que de forma nenhuma estava prevista no nosso ordenamento, sendo criada, então, uma terceira lei pelo magistrado.

Conforme foi destacado por Luiz Flávio Gomes, a função do magistrado é de somente aplicar a legislação criada pelo poder legislativo, este sim legitimado a criar normas pelo nosso texto constitucional. A mesma ideia pode ser extraída da doutrina de Nelson Hungria:

A fonte única do Direito Penal, é a norma legal. Não há direito penal vagando

¹³ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito Penal Parte Geral. 2ª ed. Vol. 2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.37.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Direito Penal Parte Geral. 2ª ed. Vol. 2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.37.

fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito. *Sub specie juris*, não existe crime “sem lei anterior que o defina, nem pena “sem prévia cominação legal”. *Nullum crimem, nulla poena sine proevia lege poenali*. A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa não pode ser *suprida* pelo arbitrio judicial, ou pela analogia, ou pelos “princípios gerais de direito”, ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem *lacunas*, se estas existem sob o prisma da *política criminal* (ciência pré-jurídica), só uma lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las.”¹⁵

Observa-se, desta forma, que a função do juiz é de simplesmente aplicar a lei penal, sendo esta lei um sistema fechado, ainda que seja omissa. O próximo princípio a ser analisado será o da extratividade da lei penal, sendo este o que mais se relaciona com a combinação de leis penais.

2.3 Princípio da Extratividade da Lei Penal

O mais comum é que seja aplicada a lei vigente à época do fato delituoso, porém, por esta norma, havendo conflito de leis no tempo, a lei penal poderá gerar seus efeitos mesmo depois de revogada, ou retroagir para alcançar fatos anteriores a sua vigência. Justificando a retroatividade da lei penal, Basileu Garcia:

A retroatividade excepcional contraria o princípio do art. 1º, mas justifica-se plenamente. O Estado, por dois dos seus poderes – o Legislativo e o Executivo, reconhece, ao instituir a nova lei, que a antiga era demasiada rigorosa. Cancela-se da lista das infrações uma figura delituosa, ou lhe reduz as penas. Não seria lógico que o próprio Estado, por outro de seus poderes – o Judiciário, perseverar-se em querer punir alguém por um delito que o deixou de ser ou fizesse empenho em conservar, na aplicação das penas, a mesma severidade que entendera excessiva¹⁶.

O código penal brasileiro adotou a teoria da atividade quanto ao tempo do crime. Desta forma, a norma a ser aplicável será aquela vigente no momento da ação ou omissão do agente, conforme se depreende do art. 4º do nosso diploma penal, no qual “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. Esclarecendo melhor o tema e exemplificando, Rogério Greco afirma:

O momento da conduta, comissiva ou omissiva, será, portanto, o nosso marco

¹⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. 6ª ed. Vol. I, Tomo I.** Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.13.

¹⁶ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal. 4ª ed. Vol. I, Tomo I.** São Paulo, Max Limonad, 1976, p.150.

inicial para todo tipo de raciocínio que se queira fazer em sede de extratividade da lei penal, bem como nas situações em que não houver sucessão de leis no tempo. A escolha de tal teoria determina, por exemplo, a aplicação, ou não, da lei penal em certas situações, ou a opção pela lei mais benígna dentre aquelas que se sucederam no tempo. Suponhamos que uma pessoa tenha dirigido finalisticamente sua conduta a causar a morte de alguém, atirando em direção à vítima, vindo a atingi-la numa região letal. No momento da conduta, o agente contava com apenas 17 anos e 11 meses de idade, sendo que a morte da vítima ocorrera três meses depois, quando aquele já havia atingido a maioridade penal. No caso em tela, ficará afastada a aplicação da lei penal, uma vez que ao tempo do crime o agente era tido como inimputável. Pode acontecer ainda que, ocorrendo a sucessão de leis no tempo, seja preciso confrontar a lei do momento da ação ou da omissão com aquela que a sucedeu, a fim de ser apurada e aplicada aquela que melhor atenda aos interesses do agente, ou seja, a chamada *lex mitior* ou *novatio legis in melius*.¹⁷

Denomina-se extratividade da lei penal a situação na qual uma norma pode ser aplicada mesmo depois de encerrada a sua vigência, ou ser aplicada a situações ocorridas antes de sua entrada em vigor. Dissertando sobre o tema, o Professor Rogério Greco afirma:

Chamamos de extra-atividade a capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo regulando fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo depois de ter sido revogada, ou de retroagir no tempo, a fim de regular situações ocorridas anteriormente à sua vigência, desde que benéficas ao agente. Temos, portanto, a extra-atividade como gênero, do qual seriam espécies a ultra-atividade e a retroatividade.¹⁸

A ultratividade e a retroatividade da lei penal são explicadas da seguinte forma por Guilherme de Souza Nucci:

(...)O fenômeno da extratividade, no campo penal, realiza-se em dois ângulos: a) retroatividade, que é a aplicação da lei penal benéfica a fato acontecido antes do período da sua vigência (art. 5º., XL, CF); b) ultratividade, que significa a aplicação da lei penal benéfica, já revogada, a fato ocorrido após o período da sua vigência”¹⁹

Cabe frisar que somente é possível a extratividade se a lei for benéfica, não sendo admitido nem a retroatividade nem a ultratividade quando maléfica. Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt:

Ademais, o princípio da irretroatividade da lei penal também tem a finalidade de proteger o indivíduo contra o próprio legislador, impedindo-o de

¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral. 14ª ed. Vol. I.** Niterói: Impetus, 2012, p.106

¹⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral. 14ª ed. Vol. I.** Niterói: Impetus, 2012, p.107

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal Parte Geral Parte Especial. 2ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.91

criminalizar novas condutas, já praticadas por aquele, que, desconhecendo tal circunstância, não tem como nem por que evita-la. Na verdade, a irretroatividade penal é corolário do *princípio da anterioridade da lei penal*, segundo o qual uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a determinado fato concreto caso estivesse em vigor antes da sua prática. Esse princípio, conhecido como *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, que foi cunhado por Freuerbach no início do século XIX, encontra-se insculpido no art. 1º do nosso Código Penal e acabou recepcionado pela atual Constituição brasileira (art. 5º, XXXIX)²⁰.

Roxin (Roxin, 1997, p. 161 *apud* Greco, 2012, p. 105) explica a escolha do legislador em proibir a retroatividade maléfica:

Todo legislador pode cair na tentação de introduzir ou agravar *a posteriori* as previsões de pena sob a pressão de fatos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarme e excitação politicamente indesejáveis. Pois bem, impedir que se produzam tais leis *ad hoc*, feitas na medida do caso concreto e que em sua maioria são também inadequadas em seu conteúdo como consequência das emoções do momento, é uma exigência irrenunciável do Estado de Direito.²¹

O parágrafo único do artigo 2º do Código Penal regula a *novatio legis in melius* da seguinte forma: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”²². Uma lei nova poderá ser benéfica ou não para o agente. Rogério Greco trata a *novatio legis in melius* da seguinte forma:

A *novatio legis in melius* será sempre retroativa, sendo aplicada aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, ainda que tenham sido decididos por sentença condenatória já transitada em julgado. Se, por exemplo, surgir uma lei nova reduzindo a pena mínima de determinada infração penal, deve aquela que foi aplicada ao agente ser reduzida a fim de atender aos novos limites, mesmo que a sentença que o condenou já tenha transitado em julgado. Só não terá aplicação a lei nova, no exemplo fornecido, se o agente já tiver cumprido a pena que lhe fora imposta.²³

Feita esta breve análise do princípio da extratividade da lei penal, sobretudo relativo ao parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, percebe-se que há uma incompatibilidade entre tal princípio e a conjugação de leis penais em benefício do réu.

Quando o legislador preconizou “que de qualquer modo favorecer o agente”,

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral. 13ª ed. Vol. 1.** São Paulo, Saraiva, 2009. P.170

²¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral. 14ª ed. Vol. I.** Niterói: Impetus, 2012. P.105

²² BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 26 de abr de 2014.

²³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral. 14ª ed. Vol. I.** Niterói: Impetus, 2012. P.108

entende-se que ele refere-se ao termo “lei posterior”, ou seja, a lei em seu conjunto, sendo aplicada em sua totalidade e não de forma “cortada” para ser juntada a outra lei. É este entendimento o adotado por Nucci:

E quando se diz que que o art.2.º, parágrafo único, do CP, autoriza a aplicação da lei posterior benéfica que “de qualquer modo favorecer o agente” não está legitimando o magistrado a recortar pedaços da norma e aplicá-la em formação de uma outra inédita. Quer dizer simplesmente que uma lei penal nova mais benéfica, em qualquer ponto que seja, merece retroagir para favorecer o réu.²⁴

No entanto, este pensamento não é adotado por balizada doutrina, os quais acreditam que a combinação de leis nada mais seria do que um processo de integração da lei penal, interpretando o preceito “que de qualquer modo favorecer o agente” de forma ampla e seguindo o brocardo jurídico de que “quem pode o mais pode o menos”. Dentre os defensores desta corrente destacam-se Rogério Greco, Frederico Marques, Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Julie Fabbrini Mirabete, Damásio de Jesus, Celso Delmanto, Nereu José Giacomolli, entre outros.

2.4 Princípio da Separação dos Poderes

É unânime entre aqueles que refutam totalmente a possibilidade de combinação de leis para o benefício do réu, a ideia de que tal conjugação de normas seria uma ofensa ao princípio fundamental da separação de poderes, motivo pelo qual se faz necessário uma análise, mesmo que perfunctória, de tal preceito constitucional.

Tendo Montesquieu como grande propagador, tal princípio tornou-se fonte inspiradora da Constituição da Filadélfia, bem como da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que está previsto que “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direito nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição”. Dissertando sobre o histórico da separação de poderes, Marcelo Novelino destaca:

Inspirado na obra de Locke, Montesquieu escreveu o clássico tratado *De l'Esprit des Lois* (1748). Após constatar, com base na “experiência eterna”, que todo aquele que é investido no poder tende a dele abusar até que encontre limites, o escritor francês sustenta que a limitação a um poder só é possível se houver um outro poder capaz de limitá-lo. A descrição da Constituição

²⁴ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Direito Penal Parte Geral Parte Especial. 2ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P.95

inglesa como exemplo de limitação do Poder pelo Poder, argumenta FERREIRA FILHO, que pode ter tido a intenção oculta, em razão das cautelas exigidas pela época, de ‘recomendar a divisão do poder como remédio contra o absolutismo e como garantia da liberdade’, especialmente se assegurada a independência do judiciário.²⁵

No século XIX, tal princípio foi utilizado de maneira muito rígida, diferente do que foi proposto por Montesquieu, porém, hoje tal situação se inverteu, conforme explica Marcelo Novelino:

Atualmente a ideia de limitação da soberania por meio da repartição das competências distribuídas por diversos órgãos perdeu grande parte do seu valor. Hoje, o princípio não apresenta a mesma rigidez, porquanto a ampliação das atividades estatais impôs novas formas de inter-relação entre os poderes, de modo a estabelecer uma colaboração recíproca. Nesse sentido, José Afonso da SILVA ensina que ‘a harmonia entre os poderes ‘ verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmanda de um em detrimento do outro e especialmente dos governados’.²⁶

Na nossa Constituição, a separação dos poderes está prevista no artigo 2º, na qual é afirmado que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Tal princípio está elevado à categoria de princípio fundamental, sendo considerado cláusula pétrea, conforme o artigo 60, § 4º, III.

Desta forma, é função típica do legislativo elaborar leis gerais e abstratas, cabendo ao judiciário, por conseguinte, aplicar esta lei geral e abstrata, quando provocado, ao caso concreto, no qual são exigidos neutralidade e conhecimento da lei.

Pois bem, trazida esta breve noção do que seria o princípio da separação dos poderes, mister se faz agora contrapô-lo ao tema da possibilidade de combinação de leis penais, quando do fenômeno da sucessão de leis no tempo, com o fim de descobrir se há compatibilização entre estes dois institutos.

Considerando que a conjugação de leis em benefício do réu não afronta o princípio da separação de poderes e, em consequência, não estaria o juiz criando lei nova, destaca-se Luiz Flávio Gomes:

²⁵ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Método, 2013, P.356

²⁶ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Método, 2013, p.357.

Note-se que na combinação de leis penais o juiz não está criando uma nova lei; apenas aplica as partes benéficas devidamente aprovadas pelo Parlamento. O juiz não cria nenhuma lei. Combinar aspectos favoráveis de duas leis não significa criar uma terceira. Esse ato (a criação de lei) é de atribuição exclusiva do Legislativo. Combinar leis devidamente aprovadas pelo Parlamento, entretanto, não significa criá-las. O juiz estaria criando lei nova se a decisão tivesse como fonte sua vontade. Aplicar aspectos favoráveis de duas leis significa aplicar a vontade da lei, resultando da mens legislatoris e da mens legis. Se o juiz não está impondo sua vontade, sim, apenas combinando aspectos favoráveis de duas leis aprovadas pelo Parlamento, não há que se falar em criação (sim, em aplicação de lei penal)²⁷

Em sentido oposto, Nelson Hungria:

Cumprir advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio prevalente em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis"²⁸

Em que pese o enorme saber jurídico dos penalistas favoráveis a combinação de leis penais em favor do agente do delito, percebe-se que se for dado ao juiz combinar parte de uma lei com outra, indubitavelmente irá acontecer a criação de uma nova lei. O resultado de tal conjugação não foi aprovado pelo Congresso nem passou pela sanção do chefe do executivo, não havendo todo o trâmite normal para a aprovação e aplicação do resultado desta combinação.

Portanto, não restam dúvidas que, de fato, se está diante de uma lei nova caso haja combinação de leis no intuito de favorecer o réu. No próximo capítulo, será feita uma análise sobre como a doutrina tem enfrentado este tema da combinação de leis penais para o benefício do réu quando da sucessão de leis no tempo.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio; García-Pablos de Molina, Antonio. **Direito Penal Parte Geral**. 2ª ed. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.75

²⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4ª ed. Vol. I, Tomo I. Rio de Janeiro, Forense, 1958, p.112

3 COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS EM FAVOR DO RÉU NA DOCTRINA NACIONAL E NO DIREITO COMPARADO E COMO O TEMA DA CONJUGAÇÃO DE LEIS ESTÁ SENDO TRATADO NO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO PENAL.

3.1 Conceito e Posição da Doutrina Brasileira

Conforme foi analisado no capítulo anterior, a regra é que a lei penal não irá retroagir. Porém, pelo art. 5º inciso XL da Constituição, tal regra poderá ser excepcionada quando a lei posterior for favorável ao agente.

Para algumas situações, tal preceito, insculpido também no parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, é de fácil aplicação. Existem, porém, alguns casos em que é difícil constatar qual lei é a mais benéfica, gerando dúvidas no aplicador do Direito se ele está diante de um caso em que será aplicado o princípio da ultratividade ou da retroatividade *in melius*.

Diante da situação em que duas leis se confrontem no tempo e na impossibilidade de se definir qual seria a mais benéfica ao caso concreto, sugere parte da doutrina que a melhor solução não seria escolher entre uma ou outra lei, mas sim combinar os diplomas normativos de modo a selecionar o que de mais benéfico possa ser aplicado ao caso concreto.

Exemplificando como ocorre tal combinação, Rogério Sanches Cunha:

A título de exemplo, 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.²⁹

Vemos, de um lado, a lei antiga que previa uma pena menor e multa, enquanto que a lei nova aumenta a pena, porém não prevê mais a possibilidade da multa. Ou seja, a nova disposição legal é, em parte, mais benéfica, em parte, mais rígida.

Diante de tal conflito de normas, surgem para o juiz três possibilidades: a aplicação da lei vigente à época dos fatos (*tempus regit actum*), a aplicação da lei nova (retroatividade benéfica) ou a combinação da lei nova com a antiga no que for benéfico ao agente.

²⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal - Parte Geral - Volume único. 2ª ed.** Salvador. Juspodivm, 2014, p. 108.

Se por um acaso decidir o juiz pela aplicação da lei vigente, ele estará aplicando a regra geral, qual seja, a da irretroatividade da lei penal, obedecendo ao princípio do *tempus regit actum*. Sendo assim, “além da segurança jurídica, garante-se-lhe que não será surpreendido por leis *ad-hoc*, criminalizando condutas, inclusive a posteriori, que até então não eram tipificadas como crime”³⁰.

Vale acrescentar que o princípio do *tempus regit actum* irá proteger o indivíduo, também, contra o endurecimento do tratamento dado a certa conduta já tipificada pelo código penal, conforme destacam e exemplificam Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina:

Leis novas prejudiciais: em suma, toda lei penal nova que se apresenta como prejudicial não retroage. Entram nessa categoria: (a) a lei nova incriminadora ou *novatio legis* incriminadora: por exemplo, Lei 9.455/97 – lei da tortura; Lei 9.613/98 – lei da lavagem de capitais etc.); e (b) a lei nova prejudicial – *novatio legis in peius* (que aumenta pena, que agrava regime de execução da pena, que aumenta a pena mínima etc.). A Lei 9.695/98 (que cuida da falsificação ou indevida manipulação dos alimentos e remédios) tornou a lei dos crimes hediondos mais dura. Portanto, só se aplica para fatos a partir dela. E os fatos anteriores? São regidos pelas leis anteriores (mais benéficas). A nova lei de falências (Lei 11.101, de 2005) aumentou o prazo prescricional: logo, só vale, nesse ponto, para crimes ocorridos após a lei nova. Fatos anteriores são regidos pela lei anterior. A lei 11.464/2007, no ponto em que aumentou o tempo de cumprimento da pena nos crimes hediondos para efeito de progressão de regime (dois quintos para primário e três quintos para reincidente) é prejudicial ao réu, logo, irretroativa. Crimes ocorridos antes da sua vigência são regidos pela lei antiga (um sexto da pena).³¹

Mas se por um acaso, o juiz decida aplicar a lei nova, por entendê-la mais benéfica ao agente, estará o magistrado se valendo da exceção constitucional prevista no art. 5º, XL da Constituição Federal, vazada também no Código Penal, em seu art. 2º, parágrafo único. Sobre a retroatividade em matéria penal, Luiz Regis Prado:

Destarte, como exceção à regra da não-retroatividade desfavorável, emerge o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, com base não só em razões humanitárias (*humanitatis causa*), de liberdade (favor *libertatis*), de justiça, de equidade ou de igualdade de tratamento, mas, sobretudo, considerando que a pena mais leve da lei nova é justa e a mais severa da lei revogada é desnecessária. Sua retroatividade se funda numa atenuação da valoração ético-social do fato, em consonância com a antiga formulação *favorabilia sunt amplianda odiosa sunt restringenda*.
(...)

³⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral. 13ª ed. Vol. 1.** São Paulo, Saraiva, 2009, p.168.

³¹ Gomes, Luiz Flávio; García-Pablos de Molina, Antonio. **Direito Penal Parte Geral. 2ª ed. Vol. 2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.72.

De conseguinte, se lei posterior (lei nova) deixa de considerar infração penal fato incriminado pela lei anterior, dá lugar à *abolitio criminis* (art. 2º, caput, CP) – causa extintiva de punibilidade (art. 107, III, CP); ou, se como *lex mitior* favorece de qualquer modo o réu, é sempre retroativa (art. 2ª, parágrafo único, CP).³²

Porém pode o magistrado não saber qual lei é mais benéfica: se a lei vigente à época dos fatos, ou a lei posterior. Conforme foi salientado acima, a lei posterior pode ser parte mais benéfica e parte mais maléfica ao agente. Desta dúvida surge a indagação se é válido mesclar a parte favorável da lei anterior, com a parte favorável da lei posterior para ser aplicado ao caso concreto.

Feita esta breve explicação sobre Direito Penal Intertemporal, cabe agora analisar o fenômeno da combinação de leis. Conceituando esta integração de leis penais, Rogério Greco:

Fala-se em combinação de leis quando, a fim de atender aos princípios da ultra-atividade e da retroatividade *in melius*, ao julgador é conferida a possibilidade de extrair de dois diplomas os dispositivos que atendam aos interesses do agente, desprezando aqueles outros que o prejudiquem.³³

Vemos, desta forma, que pela conjugação de leis não haverá o conflito entre a ultratividade e a retroatividade *in melius*, fazendo o jurista uma aplicação conjunta de tais princípios de modo a favorecer, de qualquer forma, o réu. Portanto, no exemplo de Rogério Sanches acima tratado, seria permitido ao juiz que aplicasse a pena de 2 a 4 anos da lei A, sem a cominação de multa da lei B.

Como foi exposto no capítulo antecessor, tal combinação não é unânime na doutrina, havendo quem a critique, como Heleno Cláudio Fragoso por entender ser impossível “tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu, aplicando ambas parcialmente.”³⁴

Também contrário à combinação de leis, Nelson Hungria alerta:

(...)cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma *terceira* lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jôgo. Trata-se de um princípio prevalente

³² PRADO, Luiz Regis, **Curso de Direito Penal Brasileiro. 11ª ed, Vol 1.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. p. 232.

³³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral. 14ª ed. Vol. I.** Niterói: Impetus, 2012, p.115.

³⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral. 10ª ed.** Rio de Janeiro, Forense, 1986, p.107.

em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis.³⁵

Compartilhando do mesmo entendimento de que se estaria criando uma nova lei com o entrosamento de outras duas, Aníbal Bruno:

Mas não é lícito tomarem-se na decisão elementos de leis diversas. Não se pode fazer uma combinação de leis de modo a tomar de cada uma delas o que pareça mais benigno. A lei considerada mais benévola será aplicada em sua totalidade. Note-se que se trata exclusivamente de aplicar uma ou outra das leis existentes, no seu integral conteúdo, não sendo lícito ao juiz compor, por assim dizer, uma lei nova com os elementos mais favoráveis das que realmente existem.³⁶

Frederico Marques, por sua vez, discorda que o Judiciário estaria ultrapassando os limites constitucionais da separação de poderes ao aplicar conjuntamente leis para beneficiar o réu:

(...)dizer que o Juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando *ex nihilo* a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o "todo", para que o réu tenha o 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. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação, pelo papel preponderante do texto constitucional. A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica, se, para evitar-se a transação e o eclétismo, a parcela benéfica da lei posterior não for aplicada pelo Juiz; e este tem a missão precípua de velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama dos direitos do homem.³⁷

Damásio de Jesus, partidário do mesmo entendimento de Frederico Marques, discorda que se estaria criando uma nova lei, acreditando se tratar somente de uma forma de integração da lei permitida por nosso ordenamento:

Argumenta-se que a disposição mais favorável ao sujeito não deve ser obtida

³⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. 4ª ed. Vol. I, Tomo I.** Rio de Janeiro, Forense, 1958, p.112.

³⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal - Parte Geral. 3ª ed. Vol. Tomo I.** Rio de Janeiro, Forense, 1967, p. 255-256.

³⁷ MARQUES, Frederico. **Tratado de Direito Penal. 2ª ed. Vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 1964, p. 210-211.

através da combinação da lei antiga com a nova, apanhando-se delas as partes mais benignas. Se isso fosse possível, afirmam, o juiz estaria criando uma terceira lei, o que não é permitido. Objeta-se que o juiz não está criando nova lei, mas movimentando-se dentro do campo legal em sua missão de integração legítima. Se ele pode escolher uma ou outra lei para obedecer o mandamento constitucional da aplicação da 'lex mitior', nada o impede de efetuar a combinação delas, com o que estaria mais profundamente seguindo o preceito da Carta Magna.³⁸

Para finalizar o seu entendimento sobre a matéria, aduz ainda que se é possível ao juiz aplicar a lei benéfica, que seria o todo, também ser-lhe-ia válido aplicar parte dela, fazendo referência ao brocardo de que quem pode o mais pode o menos:

Não obstante ser mais comum a tese da impossibilidade da combinação, há razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais. Se o Juiz pode aplicar o 'todo' de uma ou de outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional. Este não estaria sendo obedecido se o Juiz deixasse de aplicar a parcela benéfica da lei nova, porque impossível a combinação de leis.³⁹

Por outro lado, refutando o caráter integrador da combinação de leis, em doutrina mais recente, Guilherme de Souza Nucci:

Realmente, se houvesse permissão para a combinação de leis colocar-se-ia em risco a própria legalidade, pois o magistrado estaria criando norma inexistente, por mais que se queira dizer tratar-se de mera integração de leis. Ora, a referida integração não passa do processo criador de uma outra lei, diferente das que lhe serviram de fonte.⁴⁰

Admitindo que a combinação geraria uma terceira lei, Basileu Gracia:

(...)critério que tem sido preconizado é o de evitar-se combinar a lei antiga com a lei nova. Ou se aplica a lei antiga, ou a nova. Misturá-las, para extrair um resultado mais favorável, equivaleria - tem-se ponderado - a criar uma terceira lei, com a qual o juiz se sobreporia à autoridade do legislador. Da simbiose dos textos adviria, com efeito, uma norma que tanto seria diferente da antiga como da atual.⁴¹

Porém, apesar de achar que se estaria criando uma nova lei e que a proibição

³⁸ DE JESUS, Damásio. **Tratado de Direito Penal. 31ª ed. Vol. 1.** São Paulo, São Paulo: Saraiva, 2010, p 134-135.

³⁹ DE JESUS, Damásio. **Tratado de Direito Penal. 31ª ed. Vol. 1.** São Paulo, São Paulo: Saraiva, 2010, p 135.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Direito Penal Parte Geral Parte Especial. 2ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 95.

⁴¹ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal. 4ª ed. Vol. I, Tomo I.** São Paulo, Max Limonad, 1976, p. 150.

deveria ser a regra, defende Basileu Garcia ser possível a conjugação de leis em certos casos, como medida de justiça:

Esse critério [da não combinação de leis], como orientação geral, é exato. Mas há casos em que a sua observância estrita leva a consequências clamorosamente injustas, e será necessário temperá-lo com um pouco de equidade. A própria Lei de Introdução do Código Penal (Dec.-lei 3.914/1941), procurando resolver algumas hipóteses de conflito de leis no tempo, admitiu, em certa passagem, a combinação da lei antiga com a nova.⁴²

Também favorável à combinação, Luiz Flávio Gomes, lembra que a conjugação de leis já foi utilizada em desfavor do réu:

(...)nada impede que ocorra a combinação dos aspectos favoráveis de várias leis penais, aproveitando-se em favor do réu os textos mais benéficos (ex.: a pena de prisão antiga com a pena de multa nova menos gravosa) (RT 710/330). Se a jurisprudência do STF admite a combinação de várias leis até para prejudicar o réu (cf. o art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos - Lei 8.072/90 - e sua relação com o antigo art. 14 da Lei de Tóxicos - Lei 6.368/76: segundo o STF vigorava a descrição típica do art. 14 mas a pena era a do art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos - JSTF 243/356), não há como não admitir a mesma combinação para beneficiá-lo.⁴³

Vemos, portanto, que tal tema está longe de ser pacífico na doutrina nacional, pois de um lado argumenta-se que a combinação somente seria uma forma de integração da norma e que por tal processo não estaria se criando nova lei, obedecendo o magistrado princípios de equidade estabelecidos na Constituição, conforme salientado por Frederico Marques.

Por outro lado, argumenta-se que se for possível ao juiz escolher partes distintas de duas leis para ser aplicado ao caso concreto, estaria o magistrado usurpando a função típica do legislativo. Seria criada uma terceira lei com um conteúdo diverso do que foi estabelecido pelo legislador, fato este que iria contra o princípio da separação de poderes.

3.2 Combinação de Leis e o Direito Comparado.

Como forma de complementar o estudo, cabe agora uma análise, mesmo que

⁴² Garcia, Basileu. **Instituições de Direito Penal. 4ª ed. Vol. I, Tomo I.** São Paulo, Max Limonad, 1976, p.150.

⁴³ Gomes, Luiz Flávio; García-Pablos de Molina, Antonio. **Direito Penal Parte Geral. 2ª ed. Vol. 2.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.75.

breve, de como é tratado tal tema no Direito Comparado.

Contrário à combinação de leis, Jiménez de Asúa ensina que:

interesa dejar bien sentado que para hallar la solución más favorable para el delincuente no es posible combinar varias leyes; es decir, que no es dable dividir la ley antigua y la nueva en varias partes para aplicar al acusado las disposiciones más benignas de la una y de la otra al mismo tiempo, sino que, debiendo hacer uso el Juez de la ley más benigna, no puede darse al reo un trato jurídico que, por ser derivado de las dos, no es propio de la ley neuva ni de la antigua. Lo contrario sería autorizar al magistrado para crear una tercera ley - con disposiciones de la precedente y de la posterior -, con la cual se arrojaría funciones legislativas que no tiene.⁴⁴

Vemos, desta forma, que pelo doutrinador espanhol, se fosse autorizado ao juiz conjugar duas leis para beneficiar o réu, estaria se criando uma terceira lei, transmudando-se o juiz no papel de legislador. Compartilha do mesmo entendimento, Sebastián Soler:

ese examen comparativo debe concluir por la elección de una ley, es decir, que será ilícita la aplicación al mismo caso, simultánea e sucesivamente, de disposiciones de leyes distintas, en cuyo caso no se aplicaría en realidad ninguna ley, dictada por el poder legislador, sino una nueva ley confeccionada por el juez, con elementos de distintas leyes, para un caso concreto. No son lícitos los reenvios de una e otra ley en procura de las disposiciones más favorables: elegida una ley, ésta se aplica en su integridad, y en todo su régimen⁴⁵

Como visto, para o penalista argentino, a aplicação da lei deve ocorrer em sua integralidade, sendo ilícita a aplicação simultânea de duas leis ao mesmo caso. Desta forma, “sólo procede la aplicación de la nueva ley y queda excluida una combinación de posibilidades que pudieren ser más favorables al autor”⁴⁶, conforme dispõe também Reinhart Maurach e Heinz Zipf.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência nº 1.094.499, Mg (2009/0191011-8). MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 12 de maio de 2010. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16837626/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1094499-mg-2009-0191011-8/inteiro-teor-16837627>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência nº 1.094.499, Mg (2009/0191011-8). MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 12 de maio de 2010. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16837626/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1094499-mg-2009-0191011-8/inteiro-teor-16837627>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência nº 1.094.499, Mg (2009/0191011-8). MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 12 de maio de 2010. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16837626/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1094499-mg-2009-0191011-8/inteiro-teor-16837627>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

É da mesma forma contrário ao entrosamento de leis Edgardo Alberto Donna, consignando que:

(...)no se deben hacer mixturas o combinaciones de leyes habida cuenta de que, en ese caso, seria el juez quien dicta una nueva ley violando el principio que los delitos y las penas deben ser sólo obra del legislador . Por eso aunque sea posible que la reforma parcial de la ley anterior pueda ser más beneficiosa en algunos aspectos y más gravosa en otros, sólo és procedente la elección de una de las leyes en cuestión.⁴⁷

Idêntico é o ensinamento de Francisco Muños Conde e Mercedes García Arán que afirmam:

El segundo problema se plantea cuando la ley posterior contiene aspectos beneficiosos pero también perjudiciales, por ejemplo, disminuyendo la gravedad de la pena señalada para el delito pero estableciendo circunstancias agravantes que son aplicables al caso. Tal situación debe resolverse comparando las consecuencias concretas que una y otra ley supone para el caso en cuestión y aplicando de manera completa la ley que permita las menos gravosas.

Lo que no resulta posible, pese a que se ha propuesto doctrinalmente, es aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra, pues con ello el tribunal estaría creando una norma nueva (lex tertia) y desempeñando con ello funciones legislativas que no le competen.⁴⁸

Por último, cabe destacar Guillermo Fierro, o qual destaca ser posição majoritária tanto na doutrina como na jurisprudência a vedação ao entrosamento de leis:

la doctrina ampliamente mayoritaria como así también la jurisprudencia han concluido que no resulta lícito a los fines de establecer la mayor o menor benignidad de una ley, componer por parte del órgano judicial una tercera ley arrogándose facultades legislativas que le están vedadas, utilizando los fragmentos más favorables de la ley anterior en forma conjunta con los más beneficiosos de la nueva(...)⁴⁹

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência nº 1.094.499, Mg (2009/0191011-8). MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 12 de maio de 2010. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16837626/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1094499-mg-2009-0191011-8/inteiro-teor-16837627>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência nº 1.094.499, Mg (2009/0191011-8). MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 12 de maio de 2010. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16837626/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1094499-mg-2009-0191011-8/inteiro-teor-16837627>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência nº 1.094.499, Mg (2009/0191011-8). MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 12 de maio de 2010. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16837626/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1094499-mg-2009-0191011-8/inteiro-teor-16837627>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

Portanto, pelos ensinamentos acima indicados, percebe-se ser uma unanimidade entre os doutrinadores contrários à combinação de leis que por tal conjugação estar-se-ia criando lei nova, apoderando-se o judiciário da função típica do poder legislativo, sem autorização legal para tanto.

Porém, há também no Direito comparado quem se filie à corrente favorável à aplicação fracionada da lei, como Roubier, Garraud, Petrocelli e Jakobs, depreendendo-se do pensamento deste último que:

La determinación de la ley mas favorable ha de llevarse a cabo por separado para cada clase de reacción y para cada fase de la determinación, de modo que puede haber que aplicar, en función de cada reacción penal o de la fase de cómputo em cuestión, distintas leyes como em cada caso más favorables. En el supuesto del ejemplo, habría que medir la pena en el marco de la cominación penal de la ley vigente em el momento del hecho (en esta medida, es más favorable la ley antigua), pero sin tener em cuenta la reincidencia (en esta medida, es más favorable la ley nueva)"(in Parte General, Fundamentos y Teoria de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, 2ª edición, página 126).⁵⁰

No mesmo sentido favorável a combinação de leis penais, Petrocelli (Petrocelli, 1955, p. 140 *apud* Noronha, 1984, p. 88):

Noi non esitiamo a ritenere preferibile um sistema che consentisse al giudice l'applicazione contemporanea dela legge anteriore e di quella successiva, di ciascuna accogliendo, per i vari punti del rapporto da regolare, le direttive e i limiti piùfavorevoli al reo⁵¹

Vemos, portanto, que a controvérsia persiste no Direito Comparado, embora exista certa prevalência da tese que é contra a conjugação de leis.

3.3 A Combinação de Leis Penais em Benefício do Réu e o Projeto de Lei do Novo Código Penal

Será brevemente analisada a forma como está sendo tratado o conflito de leis no tempo no projeto de lei do novo Código Penal, mais especificamente se há a possibilidade de combinação entre as leis que se sucedem para beneficiar o réu.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Embargos de Divergência nº 1.0231.06.056330-2/002(1). Gracilene Nunes De Santana. Ministério Público Estado Minas Gerais. Relator: Desembargador Alexandre Victor De Carvalho, DF, 11 de novembro de 2008. Diário de Justiça. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5972999/102310605633020021-mg-1023106056330-2-002-1/inteiro-teor-12109542>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

⁵¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. 22ª Edição.** São Paulo: Método, 1984, p. 88.

O nosso Código Penal foi criado na década de 1940 e, ao longo do tempo, passou por algumas reformas nestas mais de sete décadas de vigência. Porém, apesar das mudanças feitas em seu texto original, o certo é que o atual Código Penal não se encontra em consonância com a nossa Bíblia Política.

Neste contexto, foi designada uma comissão para que fosse criado um novo código penal que mais se adapte ao nosso texto constitucional de 1988 e aos inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil faz parte.

Cabe destacar que este projeto de lei é ambicioso, pois tenta unificar toda a legislação extravagante no Novo Código Penal, tanto é assim que o número de artigos do projeto de lei são 541, diferente do atual que conta com 361 artigos.

Diferente da legislação atual, que não trata explicitamente do tema, no anteprojeto do novo Código Penal consta expressamente no art. 2º, §2º a possibilidade de combinação de leis quando presente o fenômeno da sucessão de normas no tempo, sempre que esta conjugação favorecer o réu, conforme se observa:

Art. 2º É vedada a punição por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

§ 1º A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

§ 2º O juiz poderá combinar leis penais sucessivas, no que nelas exista de mais benigno.⁵²

A justificativa dada para a autorização da combinação de leis foi de que tal procedimento estaria em consonância com o que manda a nossa Constituição, conforme pode ser observado na Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Novo Código Penal:

Trata da sucessão de leis penais no tempo e diz que: “o juiz poderá combinar leis penais sucessivas, no que nelas exista de mais benigno”. Foi a solução encontrada para harmonizar o Código Penal com a garantia de que, constante do art. 5º da Constituição. Ciente da polêmica sobre se a combinação de leis sucessivas não faria do juiz penal um legislador ad hoc, a Comissão entendeu que não se trata de autorizar a mistura de leis vigentes, mas da eficácia ultrativa da lei que regia o fato, se mais favorável, com a eficácia retroativa da lei nova, igualmente favorável. Não ofende o sistema de separação de poderes autorizar o juiz à referida combinação de eficácias normativas. Além do mais, esta solução é mais adequada do que determinar a aplicação em bloco da lei mais favorável, posto que esta, em algum trecho, poderia malferir

⁵² COMISSÃO DE JURISTAS PARA A ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL (Brasília) (Org.). Anteprojeto de Código Penal. 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

o comando constitucional obstativo da retroação gravosa.⁵³

À primeira vista esta possibilidade expressa na lei traria o fim da controvérsia sobre a possibilidade ou não da combinação de normas para se beneficiar o agente. Porém, não se deve esquecer que se for dada a possibilidade de o juiz mesclar duas leis para ser aplicada no caso concreto, indubitavelmente estará nascendo uma nova norma que não seguiu o procedimento legislativo comum para ser criada e aplicada, violando, desta forma, a Constituição, mais precisamente a cláusula pétrea da separação de poderes.

Isto posto, por mais que se afirme que se trate somente de eficácia ultrativa da lei que regeu o ato e eficácia retroativa da lei posterior, ambas favoráveis, aplicadas em conjunto, o fato é que tal arranjo acabaria por criar uma nova lei.

Portanto, vemos que tal polêmica relativa à combinação de leis não iria acabar com a possibilidade expressa no novo código, surgindo uma nova discussão, desta vez sobre a violação da legislação ordinária em face da Constituição.

Feito este apanhado acerca das disposições doutrinárias nacionais e estrangeiras sobre o tema em estudo, bem como a breve análise acerca do projeto de lei do novo Código Penal, cabe agora uma análise de como tal matéria está sendo encarada em sede dos principais tribunais brasileiros.

⁵³ COMISSÃO DE JURISTAS PARA A ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL (Brasília) (Org.). Anteprojeto de Código Penal. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 05 maio de 2014

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA DA COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS EM BENEFÍCIO DO ACUSADO

Somando-se à falta de uma regulamentação expressa que trate da combinação de leis penais quando do fenômeno da sucessão de leis no tempo com a divergência doutrinária nacional e internacional quanto a este tema, outro resultado não seria senão também a divergência jurisprudencial.

O presente capítulo terá como enfoque julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, nos quais será analisada a evolução do entendimento quanto a combinação de leis penais até a mais recente decisão que parece trazer uma pacificação na matéria.

4.1 Decisões Favoráveis à Combinação de Leis Penais

4.1.1 Decisões do STJ

Primeiramente analisando os julgados do STJ favoráveis à combinação de leis penais, tem-se que os *decisuns* deste tribunal partidários de tal entendimento o eram com a justificativa de que se estaria respeitando o princípio da norma penal mais benéfica, conforme se extrai do seguinte julgado:

Já se externou, em oportunidade anterior, quando diante de conflito gerado pela sucessão de outras leis, a adesão ao entendimento esposado por Nelson Hungria, quando se pensava que mesclar as duas normas implicaria em estar criando uma terceira híbrida, que sequer foi promulgada, todavia, depois de muitas dúvidas e aprofundado estudo da matéria, chegou-se ao convencimento de que a questão prioritária é a aplicação do princípio constitucional da retroatividade ou da ultra-atividade da norma mais benigna, estabelecido, agora, sem limites, e, repita-se, já constava do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, portanto, em virtude disso, passou-se a entender que podem ser consideradas simultaneamente normas benéficas ao réu contidas nas duas leis.⁵⁴

Ao final, destaca que na hipótese de não se delimitar com certeza qual é a lei mais benéfica em sua integridade, a combinação de leis seria medida que se impõe:

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 82.587, Rj (2007/0105003-5). RODRIGO NASCIMENTO DALL'ACQUA. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator: Ministra Jane Silva. Brasília, DF, 06 de maio de 2008. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7087088/habeas-corpus-hc-82587-rj-2007-0105003-5/inteiro-teor-12830874>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

Em conseqüência, não se pode fixar abstratamente uma regra. No caso concreto, se não for possível encontrar entre as leis sucessivas a que favoreça integralmente o agente ativo (o que seria ideal), há necessidade da determinação simultânea de parte das duas normas, uma retroagindo e outra tendo ultra-atividade. Entende-se, nessa hipótese, que o melhor é fazê-lo, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, presentes implicitamente por todo o texto constitucional, assim como o da equidade, que tem sido um precioso auxiliar do julgador ao interpretar a norma diante do caso concreto.⁵⁵

De acordo com o entendimento do Ministro Gilson Dipp, no caso de não se aplicar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da lei 11.343 com a pena do art. 12 da Lei 6.368, por ser medida favorável ao agente, estaria sendo violado um direito fundamental do acusado previsto no art. 5º, XL da nossa Constituição:

Por isso, a retroatividade da novel legislação é imperativa, devendo ser concretizada, ainda que em sede de habeas corpus, sob pena de violação a direito fundamental do acusado, a teor do inciso XL do art. 5º da Constituição da República, corroborado pelo parágrafo único do art. 2º do Código Penal. Logo, a redução da pena, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.⁵⁶

No mesmo sentido o voto do Ministro Paulo Gallotti, o qual considera que a parte benéfica da nova lei de drogas deve retroagir, mesmo não sendo aplicada em sua íntegra:

No que diz com a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, embora o magistrado de primeiro grau a tenha aplicado, reconhecendo que o paciente preenche os requisitos exigidos, a Corte local reformou a sentença sob o fundamento de que "as leis não podem ser combinadas apenas para beneficiar o condenado".
A meu ver, contudo, é de rigor a aplicação retroativa do mencionado dispositivo legal, haja vista tratar-se de norma de direito penal material que beneficia o réu, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma lei, disposição prejudicial - vedação à substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos -, tendo em conta o previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. (STJ – HC 88.114/MS

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 82.587, Rj (2007/0105003-5). RODRIGO NASCIMENTO DALL'ACQUA. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator: Ministra Jane Silva. Brasília, DF, 06 de maio de 2008. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7087088/habeas-corpus-hc-82587-rj-2007-0105003-5/inteiro-teor-12830874>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 73.767, Rj 2006/0284838-8. MÁRCIA ARRUDA PINHEIRO - DEFENSORA PÚBLICA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 06 de agosto de 2007. Diário de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602848388&dt_publicacao=06/08/2007>. Acesso em: 30 abr. 2014.

– Relator: Ministro Paulo Gallotti – Sexta Turma – DJ⁵⁷

Também favorável a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º da nova lei de drogas aos crimes ocorridos sob a égide da lei 6.368, o Ministro Arnaldo Esteves de Lima não concorda que com tal arranjo estaria se criando uma terceira lei, conforme se depreende pelo seu julgado abaixo:

Tenho que não se pode fazer uma "simbiose" de duas normas, gerando uma terceira não legislada, ainda que para beneficiar o réu. Contudo, in casu, estou certo de que tem ele direito à regressão da norma mais benéfica, sem que isso signifique a construção de uma "lei alternativa".

...

Fazendo-se uma interpretação sistemática do art. 33 da Lei 11.343/06, verifica-se que a nova tipificação das condutas, anteriormente definida no art. 12 da Lei 6.368/76, tem como preceito secundário um espectro de pena que varia de 1 ano e 8 meses à 15 anos de reclusão.

...

Nesse diapasão, tenho por correta a regressão da norma penal mais benéfica, limitando, contudo, a pena mínima para esses delitos em 1 ano e 8 meses de reclusão.⁵⁸

Dessa forma, vê-se que o Ministro admite a aplicação da causa de diminuição da nova lei de drogas, porém dá como limite o mínimo da pena prevista na nova lei que é 1 ano e oito meses, resultado da diminuição de 2/3 da pena mínima de 5 anos.

Portanto, a parte da lei nova que seja benéfica irá retroagir, porém nunca deverá levar a uma aplicação de pena que seja menor do que um ano e oito meses prevista na 11.343 de 2006.

Pelo exposto, vemos que os julgados *supra* têm como fundamento não haver limites para a retroatividade da *lex mitior*, podendo a lei benéfica ser aplicada em sua integralidade, ou só em sua parte mais benéfica.

Cumpra esclarecer, desde logo, que tal entendimento encontra-se superado, tendo o STJ inclusive editado súmula na qual é categórica a afirmação de que não é possível a combinação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da lei

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 88.114, Ms 2007/0178575-2. JOSÉ CARLOS PONTES JÚNIOR. Não informado. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2007. Diário de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701785752&dt_publicacao=03/12/2007>. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 83.361, MS (2007/0116524-3). DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Tribunal De Justiça Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 27 de setembro de 2007. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19206916/habeas-corpus-hc-83361-ms-2007-0116524-3/inteiro-teor-19206917>>. Acesso em: 15 maio de 2014.

11.343 de 2006, com a pena prevista na lei 6.368 de 1976, conforme será visto ainda neste capítulo.

Feita esta observação acerca da jurisprudência do STJ favorável a combinação de leis penais, resta agora a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal favoráveis à combinação da lei penal em favor do agente.

4.1.2 Decisões do STF

As decisões do STF favoráveis à combinação de leis penais seguem o mesmo raciocínio das do STJ, qual seja, o da máxima aplicação do princípio da retroatividade da lei benéfica, em que irá retroagir não somente a lei em sua integralidade, mas também a sua parte que seja favorável de qualquer modo ao réu.

É neste sentido o voto vista do Ministro César Peluso no HC 95.435, cuja a ementa é a seguinte:

ACÇÃO PENAL. Condenação. Pena. Privativa de liberdade. Prisão. Causa de diminuição prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Cálculo sobre a pena cominada no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76, e já definida em concreto. Admissibilidade. Criação jurisdicional de terceira norma. Não ocorrência. Nova valoração da conduta do chamado "pequeno traficante". Retroatividade da lei mais benéfica. HC concedido. Voto vencido da Min. Ellen Gracie, Relatora original. Inteligência do art. 5º, XL, da CF. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, mais benigna, pode ser aplicada sobre a pena fixada com base no disposto no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76.⁵⁹

Cabe ainda destacar o entendimento do ministro relator do voto vista que não considera “que a aplicação da nova lei à pena fixada com base na lei antiga signifique criação de norma. O que ocorre é só a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica”⁶⁰, refutando, assim, a crítica da corrente contrária à combinação de leis penais.

A próxima decisão favorável à conjugação de leis penais no STF possui uma peculiaridade: a votação não foi unânime. Tal decisão encontra-se no Recurso

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94.435, Rs. Defensoria Pública da União. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cesar Peluso. Brasília, DF, 21 de outubro de 2008. Dje. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2912094/habeas-corpus-hc-95435-rs>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94.435, Rs. Defensoria Pública da União. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cesar Peluso. Brasília, DF, 21 de outubro de 2008. Dje. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2912094/habeas-corpus-hc-95435-rs>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

Extraordinário 596.152 e, por não ter sido unânime, prevaleceu o entendimento mais favorável ao réu, não se podendo dizer, desta forma, que tal entendimento estaria consolidado.

Antes de adentrar no mérito da decisão dos Ministros do STF cabe esclarecer sobre o que se deu a divergência acima apontada. O caso trata-se de um recurso interposto pelo Ministério Público Federal, no qual este alega que estaria sendo violado o art. 5º, XL da Constituição Federal pelo acórdão atacado, na medida em que este concedeu ordem para que fosse aplicado a causa de diminuição do art. 33, §4º da Lei 11.343, combinada com a pena prevista no art. 12 da Lei 6.368.

O Ministro Ayres Brito, valendo-se de ensinamentos hermenêuticos, votou pelo improvimento do recurso do Ministério Público Federal e destacou a importância de se conferir o máximo de eficácia à Constituição, conforme se depreende de seu voto vista:

(...)penso que a norma do inciso XL do art. 5º da Lei das Leis está a merecer de nossa parte uma interpretação mais elástica ou tecnicamente “generosa” (falaria o pranteado Miguel de Seabra Fagundes), na medida em que ela própria dispõe sobre a não-retroação da lei penal, “salvo para beneficiar o réu”. Por isso que sustentei, em obra de cunho doutrinário, que a principal diretriz hermenêutica do cientista e operador do direito é conferir o máximo de eficácia à Constituição, mormente naqueles dispositivos que mais nitidamente revelem a identidade ou os traços fisionômicos dela própria, como é o tópico dos direitos e garantias individuais.⁶¹

Para o Ministro, não estaria se falando em combinação de leis penais, mas sim de aplicação simultânea da ultratividade e da retroatividade benéficas:

Em suma, o tema em debate ganha em 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 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

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 596.152, São Paulo. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RAFAEL RAMIA MUNERATTI. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de outubro de 2011. Dje. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273431/recurso-extraordinario-re-596152-sp-stf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito.⁶²

O resultado final da votação, como dito anteriormente, foi empate, com os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio pelo provimento do recurso do Ministério Público Federal e, votando pelo improvimento do recurso, os Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Terminado em empate a votação, foi proclamada a decisão mais favorável ao recorrido, nos termos do art. 146, parágrafo único do RISTF e como consequência foi negado provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público Federal.

Pelo exposto, pode-se concluir que o STF até então ainda não possuía entendimento consolidado sobre a matéria da combinação de leis penais, fato este que iria mudar, conforme será analisado.

4.2 Decisões Contrárias à Combinação de Leis Penais

4.2.1 Decisões do STJ

Apesar de haver algumas decisões favoráveis à conjugação de leis penais para o favorecimento do réu, o fato é que a jurisprudência do STJ se solidificou no sentido de ser proibida tal combinação.

O principal argumento que refuta tal arranjo de normas se concentra no mesmo ponto levantado pela doutrina: a de que a combinação de leis irá gerar uma terceira norma que não se encontra positivada no nosso ordenamento jurídico e que não passou pelo crivo do devido processo previsto na Constituição para ser aplicada pelo membro do poder judiciário, o que levaria a uma ofensa ao princípio da separação de poderes, prevista na nossa Carta Magna como cláusula pétrea.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 596.152, São Paulo. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. RAFAEL RAMIA MUNERATTI. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de outubro de 2011. Dje. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273431/recurso-extraordinario-re-596152-sp-stf>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

É neste sentido os seguintes julgados do STJ, relativos à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/07 à pena-base relativa à condenação por crime cometido quando ainda era vigente a Lei 6.368/76:

A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33. III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art. 12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador. IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita. VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, incorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.⁶³

Vemos, portanto, que por esta decisão de embargo de divergência, consideraram os Ministros que, no caso de confronto de leis no tempo, deverá ser verificado caso a caso qual será a norma mais benéfica ao réu, para só então ser aplicada ao caso concreto, sem, no entanto, ser permitida nenhuma combinação entre a Lei 11.343 e a Lei 6.368.

Dessa forma, apesar de ter ficado consignado a importância da garantia fundamental prevista no art. 5º, XL da Constituição Federal, que trata da retroatividade da lei benéfica, restou plenamente refutada a possibilidade de se combinarem duas leis que se sucedem no tempo, por mais que se busque beneficiar o réu, por ser essa medida uma afronta a separação de poderes.

No mesmo sentido o voto do Ministro Gilson Dipp, que antes dos embargos de divergência era favorável a combinação de leis, conforme já foi examinado no item 4.1.1:

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência nº 1.094.499, Mg (2009/0191011-8). MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 12 de maio de 2010. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16837626/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1094499-mg-2009-0191011-8/inteiro-teor-16837627>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

Por outro lado, em relação ao redutor previsto no § 4º do artigo 33 da novel Lei de Tóxicos, esta Corte, nos autos dos Embargos de Divergência 1.094.499/MG, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, pacificou o entendimento no sentido da inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/07 à pena-base relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/76, sob pena de se criar uma nova lei que conteria o mais benéfico de cada uma delas.

No julgamento dos referidos Embargos de Divergência restou decidido que a minorante poderia ter aplicação retroativa, desde que se considerasse como parâmetro a pena prevista no caput do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, sob o entendimento de que a retroatividade deve ser total, mas jamais parcial, fruto da combinação de leis, pois a causa de diminuição somente possui razão de ser se analisada em conjunto com o parâmetro de apenamento trazido pelo novo diploma legal, que é indissociável.⁶⁴

Também contrário a combinação de leis penais, pois se estaria criando uma terceira norma, é o seguinte voto da Ministra Laurita Vaz:

Na hipótese em apreço, busca o Impetrante, em síntese, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, sob o argumento de que a causa de diminuição de pena prevista na referida Lei deve retroagir de molde a alcançar os fatos praticados sob a vigência da Lei 6368/76.

Com a devida vênia da corrente contrária, tenho que não se pode conceber, na espécie, a possibilidade de combinação de leis, porque a minorante insculpida o § 4.º do art. 33 é regra dirigida ao caput do mesmo artigo, não podendo o juiz cindir a norma para aplicá-la somente em parte, em combinação com outra, criando uma terceira nova, sob pena de se transmutar em legislador.⁶⁵

Após várias decisões semelhantes relativas à proibição da aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/07 com a pena-base por condenação prevista na Lei 6.368/76, foi editada a súmula 501 do STJ, na qual resta consignado que “é cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis com o seguinte teor.”⁶⁶.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 220.589, Sp (2011/0236930-9). ANTONIO ROBERTO SANCHES. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIAO. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2011. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21286300/habeas-corpus-hc-220589-sp-2011-0236930-9-stj/inteiro-teor-21286301>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 179.915, Rs 2010/0132868-0. PEDRO ROGÉRIO OLIVEIRA CAMPOS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2011. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21287570/habeas-corpus-hc-179915-rs-2010-0132868-0-stj/inteiro-teor-21287571>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 501, É Cabível A Aplicação Retroativa da Lei 11.343/2006, Desde Que O Resultado da Incidência das Suas Disposições, na íntegra, Seja Mais Favorável Ao Réu do Que O Advindo da Aplicação da Lei N. 6.368/1976, Sendo Vedada A Combinação de Leis Com

Portanto, apesar da súmula 501 do STJ não trazer de forma explícita a vedação à combinação de leis para todos os casos nos quais se sucedem leis no tempo, pode-se afirmar que tal assunto relativo a conjugação de leis encontra-se pacificado no tribunal. Pelo conteúdo dos julgamentos que serviram de base à referida súmula, fica claro que a intenção dos Ministros seria a vedação de tal mescla, pois, conforme foi examinado nas decisões, não há que se aplicar em combinação duas leis “gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador”⁶⁷.

Desta forma, pode-se concluir que se o tema da combinação de normas penais for novamente apreciado pelo STJ, muito dificilmente os argumentos relativos a combinação de leis mudaria. Isto se deve pelo teor dos acórdãos que serviram de referência para a edição da súmula 501, dos quais se depreende que se for dado ao magistrado o poder de mesclar duas leis para ser aplicado ao caso concreto, estaria se criando uma nova norma, ferindo, pois, o princípio da separação de poderes.

4.2.2 Decisões do STF

Conforme foi observado quando da análise das decisões favoráveis à combinação das leis penais no STF, viu-se que a Suprema Corte ainda não tinha uma decisão formada sobre o assunto. Foi visto, ainda, que acabou em empate a votação pelo pleno do Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal que objetivava a nulidade da decisão que autorizava a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º da lei 11.343 com a pena cominada no art. 12 da Lei 6.368/76.

Ocorre que houve uma mudança na composição dos membros do Supremo Tribunal Federal e a questão foi novamente enfrentada pelo seu órgão pleno, no RE 600817. No novo julgamento, no dia 07/11/2013, desta vez recurso extraordinário interposto pela Defensoria Pública da União contra acórdão do TRF da 3ª Região, o

O Seguinte Teor. Dje. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='501'>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência nº 1.094.499, Mg (2009/0191011-8). MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AMARÍLIO ALBERTO DE JESUS DOS SANTOS. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 12 de maio de 2010. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16837626/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1094499-mg-2009-0191011-8/inteiro-teor-16837627>>. Acesso em: 18 abr. 2014

recorrente objetivava a aplicação da minorante prevista no art. 33, §4º da lei 11.343 com pena prevista na lei 6.368, por ser esta solução a mais benéfica para o réu.

Porém, neste novo julgamento, por maioria de votos, foi negada a combinação de leis, sendo alegado que se fosse possível tal combinação estaria na verdade sendo criada uma terceira lei, “fazendo com que o julgador atue como legislador positivo, o que configuraria uma afronta ao princípio constitucional da separação dos Poderes.”⁶⁸

Os seguintes julgados do STF também corroboram com a ideia de vedação da combinação de leis para beneficiar o réu:

É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II - 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 reserva legal e da separação de poderes.⁶⁹

No mesmo sentido o voto do Ministro Roberto Barroso:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 600.817-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski) consolidou o entendimento de que não é possível a aplicação retroativa da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da nº Lei 11.343/2006, em benefício de réu condenado por crime de tráfico de drogas cometido na vigência da legislação anterior (Lei nº 6.368/1976).⁷⁰

Do exposto, pode-se observar que tal matéria relativa à combinação de leis encontra-se pacificada na jurisprudência do STF, principalmente após o julgamento pelo pleno do já citado RE 600817, devendo ser este o entendimento do tribunal nos próximos julgamentos até haver mais uma mudança significativa na composição da Suprema Corte.

⁶⁸ Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=252958>> Acesso em 19 de abr. 2014.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94687 MG, Primeira Turma. Defensoria Pública da União. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 24 de agosto de 2010. Dje. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15922019/habeas-corpus-hc-94687-mg>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103617 MS, Primeira Turma. Defensoria Pública da União. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 18 de março de 2014. Dje. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(103617.NUME.+OU+103617.A.CMS.\)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lkm59z3](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(103617.NUME.+OU+103617.A.CMS.)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lkm59z3)>. Acesso em: 19 abr. 2014.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi analisado ao longo do trabalho, a possibilidade da combinação de leis penais é suscitada quando houver sucessão de normas no tempo, momento no qual não é fácil distinguir qual a norma é mais benéfica, se a vigente à época do crime, ou a posterior.

Primeiro foram observados os princípios aplicáveis ao tema da combinação de leis penais, como o princípio da legalidade, da retroatividade da lei penal, bem como o princípio da separação de poderes. Foi constatado que tais princípios estariam sendo violados se fosse permitida a conjugação de leis penais para se beneficiar o réu.

Quando da análise da doutrina nacional e estrangeira, vimos que parte da doutrina considera plenamente possível tal conjugação de normas, sob o argumento de que estaria somente sendo aplicado os princípios da ultratividade e da retroatividade benéfica, regras estas consagradas na nossa Constituição e no nosso Código Penal.

Porém, viu-se que tal tema não é unânime na doutrina, havendo quem ache que, se for permitido ao juiz pinçar partes de duas leis para serem aplicadas ao caso concreto, tal ato estaria violando o princípio da separação de poderes, avocando, impropriamente, o magistrado a função de legislador.

Foi constatado, inicialmente, que tal tema também era alvo de controvérsias nos principais tribunais brasileiros. Foram analisados julgados do STJ e do STF nos quais foram encontradas decisões tanto a favor como contra a combinação de leis. Porém, vimos que o tema hoje se encontra pacificado na jurisprudência, principalmente após a edição da súmula 501 e dos embargos de infringência nº 600817.

Deste modo, chegou-se à conclusão de que, se for possível ao juiz escolher partes distintas de duas leis para ser aplicado ao caso concreto, estaria o magistrado usurpando a função típica do legislativo. Seria criada uma terceira lei com um conteúdo diverso do que foi estabelecido pelo legislador, fato este que iria contra o princípio da separação de poderes. Portanto, a solução encontrada foi aplicar a norma que em sua integralidade seja mais favorável ao réu.

Foi analisado, ainda que de forma breve, como o tema da combinação de leis está sendo tratada no projeto de lei do novo Código Penal. Vimos que o novo código permite de forma expressa a combinação de leis, o que levaria por acabar de vez com a

polêmica que envolve a conjugação de leis.

Porém, foi visto que tal controvérsia relativa a combinação de leis não iria acabar com a mera possibilidade expressa no novo código, surgindo uma nova discussão, desta vez sobre a violação da legislação ordinária em face da Constituição, pois, conforme já exposto, viola o princípio da separação de poderes o juiz que mescla partes de duas leis distintas para ser aplicada a um caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª.ed., São Paulo: Malheiros, 2008

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação Constitucional Aplicada da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. 13ª ed. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed., UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso do Direito Constitucional**. 28a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal - Parte Geral**. 3ª ed. Vol. Tomo I. Rio de Janeiro, Forense, 1967.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal - Parte Geral - Volume único**. 2ª ed. Salvador. Juspodivm, 2014.

DE JESUS, Damásio. **Tratado de Direito Penal**. 31ª ed. Vol. 1. São Paulo, São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. Tradução Nelson Boeira. **Levando os Direitos a Sério**. 1ª.ed., São Paulo: Martins Fontes Editora, 2002

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª ed. Vol. I, Tomo I. São Paulo, Max Limonad, 1976.

GOMES, Luiz Flávio; García-Pablos de Molina, Antonio. **Direito Penal Parte Geral**. 2ª ed. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 14ª ed. Vol. I. Niterói: Impetus, 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4ª ed. Vol. I, Tomo I. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

MARQUES, Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 2ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva,

1964.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. 22ª Edição.** São Paulo: Método, 1984

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal Parte Geral Parte Especial. 2ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis, **Curso de Direito Penal Brasileiro. 11ª ed, Vol 1.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.