

## **A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema**

*Jamilyly Izabela de Brito Silva\**

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais. 2.1 A combinação de leis penais, o conflito de leis penais no tempo e o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. 2.2 A conjugação de leis penais à luz da doutrina penalista. 2.3 A impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena, instituída pelo §4º. do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 a réus condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes sob a vigência da Lei nº. 6.368/1976: o entendimento dos tribunais superiores. 3 Análise dos resultados obtidos. 3.1 A retroatividade da lei penal mais benéfica: linhas gerais. 3.2 “Combinação” de leis penais: entendimento doutrinário. 3.3 “Combinação” de leis penais: entendimento jurisprudencial. 4 Conclusão. Referências.

**Resumo:** O presente artigo teve como objetivo analisar a (im) possibilidade de combinação de leis penais com fundamento no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. O debate jurídico inspirador do estudo remeteu-se ao posicionamento inicialmente ambivalente dos Tribunais Superiores quando enfrentaram *in concreto* a questão e, ainda, à inserção, no anteprojeto de novel

---

\* Atua como Agente Técnico-Jurídico no Ministério Público do Estado do Amazonas e participa do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos na Amazônia”. cursou Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Direito Público no Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas, com Habilitação em Direito Internacional. Atuou como docente (programa de docência voluntária) na Universidade do Estado do Amazonas.

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

Código Penal, de artigo dispendo sobre a possibilidade de conjugar leis penais com o objetivo de beneficiar o réu. Com essas premissas, os objetivos específicos concentraram-se na descrição das hipóteses de conflito de leis penais no tempo, especialmente no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, bem como na análise da conjugação de leis penais à luz da doutrina e da jurisprudência sobre a aplicação da causa de diminuição de pena instituída pela Lei nº. 11.343/2006 a réus condenados por tráfico de drogas sob a vigência da Lei nº. 6.368/1976. A metodologia adotada utilizou-se da pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa, tendo como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documental. Afim, constatou-se que, apesar de a jurisprudência ter sido pacificada, o dissenso doutrinário permanece, sendo indubitável que as linhas doutrinárias traçadas para defender ou rechaçar a combinação de leis penais possuem amparo constitucional e fundamentam a continuidade do debate.

**Palavras-Chave:** Princípio da retroatividade. Lei penal. Combinação.

## 1 Introdução

O artigo analisará a (im)possibilidade de combinação de leis penais com fundamento no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica que, como sabido, é chancelado com a qualidade de cláusula pétrea pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º., XL c/c art. 60, §4º., IV).

O debate trazido à baila está intrinsecamente relacionado ao conflito intertemporal de leis penais e busca especificamente responder à seguinte indagação: *é possível aplicar a lei penal nova aos fatos passados apenas naquilo em que for mais favorável ao acusado, fazendo incidir, por outro lado, a lei velha no que também for mais benéfico para o réu?*

A inspiração para a deflagração do presente estudo,

por sua vez, adveio, *a uma*, do posicionamento inicialmente ambivalente dos Tribunais Superiores quando enfrentaram *in concreto* a discussão em comento e; *a duas*, da inserção, no projeto de novel Código Penal, de artigo prevendo expressamente a possibilidade de conjugar leis penais com o objetivo exclusivo de beneficiar o réu.

Feitas tais considerações, o objetivo primordial da análise em comento consubstancia-se em traçar linhas gerais sobre os institutos jurídicos envolvidos nas hipóteses concretas que ensejam o debate relacionado à conjugação de leis penais *pro reu*, bem como evidenciar o atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto, principalmente em virtude do debate instituído quanto à aplicabilidade do §4º. do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 àqueles que foram condenados ao crime de tráfico de drogas nos termos do preceito secundário fixado pela Lei n.º. 6.368/1976.

Com tal desiderato, num primeiro momento, o artigo em análise ocupar-se-á em esmiuçar o regramento atinente ao conflito de leis penais no tempo e as características do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, exceção ao princípio geral da irretroatividade da lei penal. Ato contínuo, serão explicitados os posicionamentos doutrinários quanto à (im)possibilidade de combinação ou “mescla” de leis penais para beneficiar o acusado, ocasião em que serão explicitados os fundamentos jurídicos que embasam, de um lado, a admissão de combinação e, de outro lado, aqueles que sustentam sua impossibilidade. Por fim, será abordado o caso concreto que acirrou o debate sobre o tema, a saber, a incidência da causa de diminuição de pena instituída pelo §4º. do art. 33 da Lei n.º. 11.343/2006 para os réus condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, nos termos da Lei n.º. 6.368/1976.

No que se refere à *metodologia adotada*, utilizou-se a pesquisa qualitativa, tendo em conta que o debate em comento

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

pretende analisar, de forma detalhada e abrangente, a (im) possibilidade de combinação de leis penais com fundamento no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Por conseguinte, os *métodos de procedimento* adotados foram o descritivo e o explicativo, tendo em conta que o estudo visa explicitar o atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a (im)possibilidade de combinação de leis penais, ainda que para beneficiar o acusado.

Alfim, as pesquisas bibliográfica e documental representam as *técnicas de pesquisa* utilizadas, uma vez que, de um lado, foram consultados livros, publicações periódicas e páginas de website, e doutro lado, os diplomas legais que normatizam o tema e o entendimento prevalecente nos Tribunais Superiores.

## **2 A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im) possibilidade de combinação de leis penais**

### **2.1 A combinação de leis penais, o conflito de leis penais no tempo e o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica**

É consabido que, em se tratando de conflito de leis penais no tempo, o princípio geral de direito penal aplicável é o da irretroatividade da lei penal, mormente para garantir a segurança jurídica, a proteção do *status libertatis* do indivíduo e, ainda, obedecer aos princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal, conforme exigem o art. 5º., XXXIX, da Carta Magna e o art. 1º. do Código Penal.

Nesse sentido, a lição sempre profícua de Cezar Roberto Bitencourt<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.18.

(...) Há uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo. É a irretroatividade da lei penal, sem a qual não haveria nem segurança e nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei, consagrado no art. 1º. do Código Penal e no art. 5º., inc. XXXIX, da Constituição Federal.

A irretroatividade, como princípio geral do Direito Penal moderno, embora de origem mais antiga, é consequência das ideias consagradas pelo Iluminismo, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Embora conceitualmente distinto, o princípio da irretroatividade ficou desde então incluído no princípio da legalidade, constante também da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (...). Desde que uma lei entra em vigor até que cesse a sua vigência rege todos os atos abrangidos pela sua destinação, ‘Entre estes dois limites – entrada em vigor e cessação de sua vigência – situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage e nem tem ultra-atividade. É o princípio ‘*tempus regit actum*’’. (...).

É inolvidável, todavia, que a irretroatividade da lei penal admite uma exceção classicamente apontada pela doutrina: a *ultratatividade* e/ou a *retroatividade* da lei penal mais benéfica ao réu. Este temperamento do princípio geral da irretroatividade da lei penal assegura, em apertada síntese, que

a lei anterior, quando for mais favorável, terá ultratatividade e prevalecerá mesmo ao tempo da vigência da lei nova (...). O inverso também é verdadeiro, isto é, quando a lei posterior for mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 162.

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

Insta destacar, nesse ponto, que o *princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica*, pressuposto teórico do estudo em análise, possui assento constitucional, especificamente entre os direitos e garantias fundamentais (detendo, portanto, a qualidade de cláusula pétrea, ex vi art. 60, §4º, IV, da CF/88) e, a partir da reforma de 1984, passou a ter previsão expressa no Código Penal brasileiro. Confira-se:

Constituição Federal: Art. 5º. Omissis (...)

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

-----  
Código Penal: Art. 2º. Omissis (...)

Parágrafo único - *A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.* (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...) (grifo nosso)

A normativa internacional, outrossim, também prevê expressamente a retroatividade da lei penal mais benigna, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>3</sup>, na parte final de seu art. 9º, *in verbis*:

Art. 9º. Princípio da Legalidade e da Retroatividade. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento

<sup>3</sup> Internalizada pelo Estado brasileiro por intermédio do Decreto Legislativo nº. 27/1992 e do Decreto Presidencial nº. 678/1992. Referido tratado internacional possui atualmente o status de norma supralegal, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

da perpetração do delito. *Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.* (grifo nosso)

É certo, ademais, que a teleologia do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, como exceção à regra geral de irretroatividade, consiste, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, “na estrita prevalência da *lex mitior*, de observância obrigatória, para aplicação em casos pretéritos”.<sup>4</sup>

Estabelecidas tais premissas jurídicas, no conflito de leis penais no tempo, podem ser elencadas, pelo menos, *quatro situações* de provável choque entre a lei nova e a lei anterior enfrentadas pelos operadores do Direito, a saber: *abolitio criminis*, *novatio legis* incriminadora, *novatio legis in pejus* e *novatio legis in melius*. A depender da situação, prevalece a regra de irretroatividade (*novatio legis* incriminadora e *novatio legis in pejus*) ou aplica-se a exceção da retroatividade mais benéfica (*abolitio* e *novatio legis in melius*).

Hipótese mais polêmica – e ponto de partida do presente estudo – surge quando, com o objetivo precípua de assegurar a aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, defende-se a *conjugação ou combinação* dos aspectos mais favoráveis da lei anterior com as disposições mais favoráveis da lei nova, a exemplo da situação concreta submetida aos Tribunais Superiores quanto à incidência do §4º. do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 para os réus condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes sob a vigência da Lei nº. 6.368/1976.

Em suma, no *cas d’espèce*, defende-se que, para os fatos ocorridos quando vigente a antiga lei de drogas (Lei nº. 6.368/1976), deve ser aplicado o preceito secundário

---

<sup>4</sup> RE nº. 596.152/SP – voto do relator originário.

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

(pena mínima) previsto nesta lei, porquanto mais benéfico<sup>5</sup>, e, considerando que a Lei n.º. 11.343/2006 inseriu no ordenamento jurídico uma causa de diminuição inexistente no regime jurídico da lei anterior (§4.º do art. 33), deverá a incidência da prefalada causa de diminuição retroagir, por força do princípio da lei penal mais benéfica, para alcançar aqueles que cometeram o delito quando em vigor a antiga lei.

## 2.2 A conjugação de leis penais à luz da doutrina penalista

Antes mesmo de analisar o caso concreto que acirrou o debate sobre a existência de limites à retroatividade da lei penal mais benéfica, é indispensável tecer considerações acerca do arcabouço doutrinário sobre o tema. Isso porque a querela em comento é bastante complexa e exige a análise de *duas teorias* que diametralmente tratam da combinação ou conjugação de leis penais.

De um lado, a *teoria da ponderação unitária* assevera que a lei somente deve ser aplicada de forma una, ou seja, na integralidade de suas disposições e, por conseguinte, veda a combinação de leis<sup>6</sup>. Em síntese: analisa-se a íntegra dos diplomas legais em conflito para avaliar qual a lei penal mais benéfica.

<sup>5</sup> Enquanto a Lei n.º. 6.368/1976 previa 03 (três) anos como pena mínima, a Lei n.º. 11.343/2006 prevê 05 (cinco) anos. Confirmam-se os textos dos referidos diplomas legais:

Lei n.º. 6.368/1976: “Art. 12. *Omissis*

*Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (...)”.*

Lei n.º. 11.343/2006: “Art. 33. *Omissis*

*Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...)”.*

<sup>6</sup> Principais defensores o STF: os Ministros aposentados Paulo Brossard (HC 68.416/DF-1992) e Joaquim Barbosa (HC 86.459/RJ-2006), além da Ministra Carmén Lúcia, atual Vice-Presidente do Pretório Excelso.

Por outro lado, a *teoria da ponderação diferenciada* explicita que, diante do conflito de leis no tempo, procede-se ao confronto das disposições das leis, permitindo-se, com escopo de beneficiar o réu, a combinação das partes benéficas de cada uma das leis<sup>7</sup>. Em outras palavras, são analisadas as diversas normas jurídicas previstas na lei, aplicando-se somente as partes da lei que forem mais benéficas ao acusado.

A divergência doutrinária é intensa, sendo certo que inexistente, até o momento, uma corrente prevalente. De um lado, para aqueles que defendem a *impossibilidade* de conjugação de leis penais, tem-se como principal argumento o fato de que, ao se permitir a combinação de leis, o Magistrado estaria se travestindo de legislador, o que, por óbvio, refletiria numa grave violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, situação inadmissível no ordenamento jurídico pátrio.

Para Eugenio Raul Zaffaroni<sup>8</sup>, a impossibilidade de mistura de preceitos legais mais benéficos tem fundamento na proibição de utilização, pelo Juiz, de preceitos isolados, o que feriria o raciocínio lógico-racional e democrático, especialmente porque o Magistrado estaria aplicando um texto que, em nenhum momento, teve vigência<sup>9</sup>.

No mesmo soar, os defensores da impossibilidade de criação de uma *lex tertia* apontam, ainda, para a possível violação dos princípios da estrita legalidade (reserva legal) e da segurança jurídica, tendo em conta a ausência de previsão legal para a conjugação de dispositivos de duas leis diversas naquilo que for mais benigno para o réu em cada uma delas.

<sup>7</sup> Principais defensores no STF: os Ministros aposentados Cezar Peluzo e Ayres Britto e os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello.

<sup>8</sup> Também defendem a impossibilidade de conjugação de leis penais, *inter alia*, Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Guilherme de Souza Nucci, Heleno Cláudio Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, Von Litz, Claus Roxin e Eugenio Raul Zaffaroni.

<sup>9</sup> JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 90.

A *contrario sensu*, para a corrente doutrinária que apregoa a *possibilidade* de conjugação de preceitos legais, o penalista chileno Juan José Bustos Ramires, citado por Cezar Roberto Bitencourt<sup>10</sup>, esclarece que não há lei estritamente completa, mas existem, entretanto, leis especialmente incompletas (*ex vi* normas penais em branco) e, assim, o Juiz sempre está configurando uma terceira lei que, a rigor, não passa de uma simples interpretação integrativa, admitida na atividade jurisdicional, quando favorável ao réu<sup>11</sup>.

Logo, o que antes – para os defensores da primeira corrente citada – se afigurava como uma interferência indevida na separação dos poderes, transmuda-se, para esta corrente doutrinária, numa atividade hermenêutica indispensável para a proporcional atuação do jus puniendi e para a consagração do princípio da intervenção mínima, que apregoa ser o direito penal a última ratio para a proteção da sociedade.

Nesse sentido, é o magistério de José Frederico Marques, citado por Rômulo de Andrade Moreira, ocasião em que destaca, ainda, que, se ao Magistrado é possibilitada a escolha de uma entre duas leis, não há proibir a combinação de ambas por mera lógica-formal, mormente quando a primeira hipótese representa a máxima efetividade do texto constitucional<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 168.

<sup>11</sup> Também defendem a *possibilidade* de combinação de leis, entre outros: Cezar Roberto Bitencourt, Francisco de Assis Toledo, José Frederico Marques, Juarez Cirino dos Santos, Julio Fabrin Mirabete, Luiz Flávio Gomes, Magalhães Noronha, Paulo Queiroz, Rogério Greco, Damásio de Jesus e Celso Delmanto.

<sup>12</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça – uma verdadeira aberração jurídico-penal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/11/04/o-novo-enunciado-da-sumula-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

A corroborar a necessidade de conferir à Constituição máxima efetividade, defende esta linha doutrinária a inexistência de limitação, no texto constitucional originário, à retroatividade da lei penal mais benéfica e, portanto, a retroação, ainda que parcial, deverá ocorrer sempre que for mais benigna para o réu.

Raciocínio análogo pode ser aplicado à expressão “de qualquer modo”, presente no já transcrito parágrafo único do art. 2º. do Código Penal brasileiro, sendo descabida a interpretação que restringe a *ratio* do legislador. Em suma: a lei posterior que “de qualquer modo” (ou “em qualquer norma jurídica”) favorecer o acusado deverá ser aplicada aos fatos passados<sup>13</sup>.

Como se vê, o dissenso doutrinário remonta aos penalistas clássicos, reflete nos penalistas modernos e, por fim, chancelou a refraticidade do posicionamento dos Tribunais pátrios. Quando o tema chegou aos Tribunais Superiores, por intermédio da já citada incidência da causa de diminuição da nova lei de drogas para os fatos típicos praticados quando vigente a antiga lei, aplicando-se, igualmente, o preceito secundário desta última, houve divergência tanto nas turmas do Superior Tribunal de

---

<sup>13</sup> Em sentido diverso, a ratificar a necessidade do legislador restringir a incidência do dispositivo legal por força da máxima eficácia da Constituição, o Código Penal Militar veda *expressamente* a conjugação de leis penais. Confira-se: “Art. 2 Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

*1º A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevindo sentença condenatória irrecorrível.*

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

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

Justiça<sup>14</sup> quanto nas turmas do Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup>, o que, inicialmente, fortaleceu a persistência da polêmica na doutrina pátria.

### **2.3 A impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena, instituída pelo §4º. do art. 33 da lei nº. 11.343/2006 a réus condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes sob a vigência da Lei nº. 6.368/1976: o entendimento dos tribunais superiores**

Considerando a diversidade de entendimentos quanto à possibilidade ou não de combinação de leis, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Embargo de Divergência nº. 1.094.499/MG, realizado pela Terceira Seção, enfrentou a divergência então existente naquele Tribunal Superior e, por maioria de votos, rechaçou a possibilidade de combinação de leis penais<sup>16</sup>.

Todavia, a despeito da aparente consolidação do entendimento no âmbito do Tribunal da Cidadania, a partir

---

<sup>14</sup> Cite-se, inter alia:

a) Defendendo a possibilidade de combinação de leis penais: HC nº. 91.871/RJ (Sexta Turma – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – Data de julgamento: 01 dez. 2009);

b) Defendendo a impossibilidade de combinação de leis penais: HC nº. 144.364/SP (Quinta Turma – Rel. Min. JORGE MUSSI – Data DJe: 12 abr. 2010).

<sup>15</sup> Cite-se, inter alia:

a) Defendendo a possibilidade de combinação de leis penais: HC nº. 97.128/MG (Segunda Turma – Rel. para o acórdão Min. CEZAR PELUSO – Data do Julgamento: 08 set. 2009);

b) Defendendo a impossibilidade de combinação de leis penais: AI nº. 729.498 ED/SC (Primeira Turma – Rel. Min. CARMÉM LÚCIA – Data do Julgamento: 01 fev. 2011).

<sup>16</sup> STJ – EREsp nº. 1.094.499/MG – Terceira Seção – Rel. Min. FELIX FISCHER – Data DJe: 18 ago. 2010.

do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário n.º. 596.152/SP, afetado ao Plenário, o debate sobre os limites da retroatividade da lei penal ganhou novo fôlego, sobretudo para que fosse adotada a corrente doutrinária que defende a viabilidade de combinação de leis penais.

Isso porque, trazida novamente à baila a discussão em torno das Leis n.º. 6.386/1976 e n.º. 11.343/2006, a votação dos Ministros terminou empatada (5x5)<sup>17</sup> e, nos termos regimentais<sup>18</sup>, prevaleceu o resultado que mais beneficiava o réu, qual seja, a incidência concomitante da causa de minoração de pena prevista na Lei n.º. 11.343/2006 (art. 33, §4.º) e da pena mínima estabelecida na Lei n.º. 6.836/1976 (art. 12) para os fatos ocorridos na vigência desta última.

Importa mencionar que a tese vencedora em virtude do empate defendeu a retroatividade da norma jurídico-positiva (causa de diminuição já citada) com fundamento na máxima eficácia da Constituição e no ineditismo da minorante, afastando, em última análise, a ocorrência de conjugação de leis<sup>19</sup>.

A tese vencedora no Recurso Extraordinário em questão, assim, é ligeiramente diversa da criação de uma *lex tertia*. De fato, os Ministros que defenderam a possibilidade de aplicar a causa de diminuição de pena, instituída pelo §4.º do art. 33 da Lei n.º. 11.343/2006 a réus também condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, porém sob a vigência da Lei n.º.

---

<sup>17</sup> A Corte Suprema brasileira contava, na data do julgamento, com apenas dez ministros em virtude da vaga surgida com a aposentadoria da Ministra Ellen Gracie, ocorrida em 05 ago. 2011.

<sup>18</sup> Segundo o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, (art. 146, parágrafo único), em caso de empate, deverá prevalecer o resultado mais benéfico para o réu. O empate impediu, todavia, a consolidação do entendimento do Plenário do STF, sendo certo que o tema foi novamente discutido no julgamento do RE n.º. 600.817/MS, cujo resultado será analisado a seguir.

<sup>19</sup> STF – RE n.º. 596.152/SP – Plenário – Rel. para o acórdão Min. AYRES BRITTO – Data do Julgamento: 13 out.2011.

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

6.368/1976, adotaram como razão de decidir a incidência do princípio da retroatividade mais benéfica como suporte para garantir a efetividade máxima do texto constitucional e cindir as diversas normas jurídicas previstas nos dois diplomas legais, o que denota a incidência da teoria da ponderação diferenciada: o instituto jurídico (causa de diminuição), inédito na lei revogada e com requisitos previstos na lei nova, porque mais benéfico, deve retroagir para aqueles que tiveram sua pena mínima fixada com base na Lei n.º. 6.386/1976.

Quanto a esta particularidade, esclarecedor é o voto do Ministro Ayres Britto, relator para o acórdão do Recurso Extraordinário em análise:

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

20. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Constituição Federal de 1988, tenho que o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de

diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). (...)

21. Já alusivamente ao tipo penal ou delito em si do tráfico de entorpecentes, ele já figurava no art. 12 da Lei 6.368/1976. O ineditismo regratório, no que interessa a esta causa, deu-se tão-somente quanto à pena mínima de reclusão, que subiu de 3 (três) para 5 (cinco) anos. (...)

23. Não é o que sucede com o novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapõe a nenhuma anterior regra penal. Lógico! Daí poder incidir tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal. O que afasta, de plano, qualquer eiva ou mácula de combinação indevida de normas penais para compor uma terceira e imaginária regra penal sobre um mesmo instituto. Afinal, como combinar regra nova com uma inexistente norma velha? Impossível! O que de pronto afasta qualquer ofensa ao princípio da separação dos Poderes, pois não houve, por nenhuma, forma usurpação de competência legislativa pelo Poder Judiciário. (...)  
(destaques não constam no original)

Naquela ocasião, a tese vencida, capitaneada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, relator originário do feito, defendeu a impossibilidade de combinação de leis penais, seja porque ensejaria uma violação à separação dos poderes, seja porque não se trataria de simples aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Reavivada a divergência jurisprudencial, o anteprojeto de novo Código Penal, apresentado ao Presidente do Senado Federal em julho de 2012, elaborado por distinta comissão de

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

juristas<sup>20 21</sup>, trouxe novos contornos polêmicos ao tema, uma vez que previu expressamente a possibilidade de combinação de leis penais pelo Magistrado, o que, por sua vez, denota leve tendência da doutrina moderna para a admissão da conjugação de leis.

Vejam os que dispunha o §2º. do art. 2º. do Projeto de Lei nº. 236/2012:

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. (...) (grifo nosso)

Já em 23.10.2013, quando ainda pendente o julgamento definitivo da *quaestio* pela Corte Suprema (que seria realizado com a afetação de novel Recurso Extraordinário ao Plenário para firmar o posicionamento predominante no STF que restou prejudicado na primeira ocasião em virtude do empate), o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº. 501, ratificando a *ratio decidendi* adotada no julgamento dos Embargos de Divergência alhures mencionado:

<sup>20</sup> Compunham a comissão especial de juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal: Antônio Nabor Areias Bulhões, Emanuel Messias Oliveira Cacho, Gamil Föpel El Hireche, Gilson Dipp, José Muiños Piñeiro Filho, Juliana Garcia Belloque, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, Luiz Flávio Gomes, Luiza Nagib Eluf, Marcelo André de Azevedo, Marcelo Leal Lima Oliveira, Marcelo Leonardo, Marco Antônio Marques da Silva, Técio Lins e Silva e Tiago Ivo Odon.

<sup>21</sup> Anteprojeto do Código Penal disponível em: <[http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012\\_06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas](http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012_06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas)>. Acesso em: 05 ago. 2014.

É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 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 a edição da Súmula em comento, o Tribunal da Cidadania consolidou o entendimento quanto à impossibilidade de combinação de leis penais, tendência que acabou sendo seguida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 600.817/MS, segundo recurso afetado ao Plenário sobre o tema. De fato, por 06 (seis) votos a 04 (quatro)<sup>22 23</sup>, o Plenário do Pretório Excelso, calcado nos argumentos trazidos pelo Ministro Ricardo Lewandowski, relator do feito, entendeu ser inviável a conjugação de leis penais.

O debate acerca da conjugação de leis penais, nesses termos, foi deveras enfraquecido com a consolidação, nos Tribunais Superiores, do entendimento de ser inviável a criação de uma *lex tertia* para beneficiar o acusado. Todavia, é inolvidável que a doutrina penalista permanece dividida, persistindo inúmeros defensores da linha doutrinária vencida nos Tribunais Superiores.

### **3 Análise dos resultados obtidos**

---

<sup>22</sup> Votaram pela impossibilidade de conjugação de leis penais: Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

Votaram pela possibilidade de conjugação de leis penais: Rosa Weber, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

<sup>23</sup> Constou da ata da Sessão a ausência justificada do Ministro Luís Roberto Barroso.

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

### **3.1 A retroatividade da lei penal mais benéfica: linhas gerais**

A exceção ao princípio geral da irretroatividade da lei penal encontra guarida em balizada doutrina, sendo incontestável sua ampla aceitação no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o ensinamento de Cezar Roberto Bittencourt<sup>24</sup>:

(...) O princípio da irretroatividade vige, com efeito, somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no Direito transitório, a aplicação retroativa da lei mais benigna, hoje princípio consagrado em nossa Constituição Federal. (art. 5º., XL). Assim, pode-se resumir o conflito do direito intertemporal no seguinte princípio: o da retroatividade da lei mais benigna. (...)

A corroborar o que ora se defende, cite-se também o entendimento de Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini<sup>25</sup>:

(...) A lei penal mais benéfica, por um lado, é retroativa, ou seja, aplica-se a fatos cometidos antes de sua vigência. E, por outro lado, é ultra-ativa, ou seja quando a lei que estava em vigor no momento da conduta for mais benéfica do que sua sucessora, é aquela que continua aplicando-se ao caso, mesmo que, no momento do julgamento, já tenha sido revogada. (...)

Por fim, a doutrina do promotor de justiça Cleber Masson, no mesmo sentido<sup>26</sup>:

<sup>24</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 162.

<sup>25</sup> JUNQUEIRA; VANZOLINI, op. cit., p. 83.

<sup>26</sup> MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 35.

(...) [A lei penal mais benéfica] é a que se verifica quando, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, o fato previsto como crime ou contravenção penal tenha sido praticado na vigência da lei anterior, e o novel instrumento legislativo seja mais vantajoso ao agente, favorecendo-o de qualquer modo. A lei mais favorável deve ser obtida no caso concreto, aplicando-se a que produzir resultado mais vantajoso ao agente (teoria da ponderação concreta). (...) Aqui também a expressão ‘de qualquer modo’ deve ser compreendida na acepção mais ampla possível. (...)

### **3.2 “Combinação” de leis penais: entendimento doutrinário**

Explicitada a irrestrita aceitação doutrinária ao pressuposto teórico do presente estudo, constata-se, todavia, que, no que pertine à conjugação de leis penais, a divergência doutrinária é intensa, não tendo sido firmado entendimento prevalente entre os penalistas.

Traga-se à baila a doutrina de escol de Nelson Hungria *apud* Plínio Gentil<sup>27</sup>, a coadunar a corrente doutrinária que defende a impossibilidade de conjugação de leis penais:

(...) cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* como os da lei antiga, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira, dissonante no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação

<sup>27</sup> GENTIL, Plínio Antônio Britto. *Nova Lei de Tóxicos: Causa de Diminuição de pena aplicável retroativamente?* Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=170>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

combinada de duas leis (...). (destaques não constam no original).

Noutro diapasão e, portanto, defendendo a possibilidade de combinação de leis penais, é o entendimento firmado por José Frederico Marques, citado por Rômulo de Andrade Moreira<sup>28</sup>, *in litteris*:

(...) 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 sobrepair 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

<sup>28</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça – uma verdadeira aberração jurídico-penal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/11/04/o-novo-enunciado-da-sumula-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

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 (Tratado de Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 1964, volume 1, páginas 210/211). (destaque nosso)

Importa trazer à lume, em análise última, o entendimento de Luiz Fávio Gomes e Elisa Rudge<sup>29</sup>, no sentido de que a lei posterior que “de qualquer modo” (ou “em qualquer norma jurídica”) favorecer o acusado – conforme preceitua expressamente o Código Penal – deverá ser aplicada aos fatos passados:

(...) Entendemos ser possível a aplicação do privilégio previsto na nova lei de drogas aos crimes de tráfico cometidos na vigência da lei anterior. Isto porque a retroatividade da lei mais benigna é princípio constitucional que não encontra limites na combinação de leis. A tese da combinação (ou não) de leis é totalmente irrelevante diante do preceito constitucional que manda aplicar a lei nova quando favorável ao réu. (...)

### **3.3 “Combinação” de leis penais: entendimento jurisprudencial**

Na jurisprudência, a refletir o debate doutrinário, o posicionamento inicial dos Tribunais Superiores foi ambivalente, sendo que o Superior Tribunal de Justiça inadmitiu a conjugação de leis penais a partir do julgamento

<sup>29</sup> GOMES, Luiz Flávio; RUDGE, Elisa M. *Drogas: admite-se a combinação de leis penais para beneficiar o réu?* Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/973805/drogas-admite-se-a-combinacao-de-leis-penais-para-beneficiar-o-reu>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

dos Embargos de Divergência nº. 1.094.499/MG e, por outro lado, o Supremo Tribunal Federal defendeu, *ab initio*, a possibilidade de retroação de institutos jurídicos para garantir a máxima eficácia da Constituição. Colha-se, por oportuno, a ementa do julgado que selou a questão no Tribunal da Cidadania:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL. (...) I - (...)II - 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. (...) Ordem de habeas corpus concedida de ofício para alterar a pena aplicada nos termos da Lei nº 11.343/2006. (STJ – EREsp nº. 1.094.499/MG – Terceira Seção – Rel. Min. FELIX FISCHER – Data DJe: 18.08.2010) (grifos nossos)

Traga-se, por conseguinte, o entendimento inicial do Pretório Excelso:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, INSTITUÍDA PELO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. (...) PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (INCISO XL DO ART. 5º DA CARTA MAGNA). MÁXIMA EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO. RETROATIVIDADE ALUSIVA À NORMA JURÍDICO-POSITIVA. INEDITISMO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE CONTRAPOSIÇÃO À NORMAÇÃO ANTERIOR. COMBINAÇÃO DE LEIS. INOCORRÊNCIA. EMPATE NA VOTAÇÃO. DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AO RECORRIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A regra constitucional de retroação da lei penal mais benéfica (inciso XL do art. 5º) é exigente de interpretação elástica ou tecnicamente “generosa”. 2. *Para conferir o máximo de eficácia ao inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule por dispositivo embutido em qualquer diploma legal. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, não por mérito da lei em que inserida a regra penal mais favorável, porém por mérito da Constituição mesma.* 3. *A discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-*

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

*positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos. (...) 7. Atento a esses marcos interpretativos, hauridos diretamente da Carta Magna, o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 outra coisa não fez senão erigir quatro vetores à categoria de causa de diminuição de pena para favorecer a figura do pequeno traficante. Minorante, essa, não objeto de normação anterior. E que, assim ineditamente positivada, o foi para melhor servir à garantia constitucional da individualização da reprimenda penal (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). (...) 9. No plano do agravamento da pena de reclusão, a regra mais nova não tem como retroincidir. Sendo (como de fato é) constitutiva de política criminal mais drástica, a nova regra cede espaço ao comando da norma penal de maior teor de benignidade, que é justamente aquela mais recuada no tempo: o art. 12 da Lei 6.368/1976, a incidir por ultra-atividade. O novidadeiro instituto da minorante, que, por força mesma do seu ineditismo, não se contrapondo a nenhuma anterior regra penal, incide tão imediata quanto solitariamente, nos exatos termos do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal. 10. Recurso extraordinário desprovido. (STF – RE nº. 596.152/SP – Plenário – Rel. para o acórdão Min. AYRES BRITTO – Data do Julgamento: 13.10.2011)*

No entanto, a divergência entre os Tribunais Superiores foi aparentemente resolvida com o julgamento do RE nº. 600.817/MS, tendo sido firmada, também na Corte Constitucional, a corrente doutrinária que inadmite a *lex tertia*. Confirma-se trecho da transcrição do voto do relator<sup>30</sup>:

(...)Destaco, ainda, que a hipótese sob exame, diferencia-

<sup>30</sup> Transcrição realizada a partir do vídeo da Sessão Plenária do STF de 07 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DQKtipmTsA0>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

se da simples aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, pois conforme salientei no início do voto, esse ponto é incontroverso na doutrina e na jurisprudência, bem como nos autos. (...) o que se pretende é combinação do caput do art. 12 da Lei 6.368/1976, com a causa de minoração da pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, sob a justificativa de dar ampla e irrestrita aplicação ao princípio da retroatividade da lei penal mais favorável. (...) Não pode (...) o julgador, portanto, aplicar isoladamente a pena mínima prevista na revogada Lei 6.368/1976 com a causa de diminuição do §4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, pois esta minorante foi prevista para incidir sobre uma pena-base mais severa (cinco anos), prevista no caput do mesmo artigo. (...) Desse modo, (...) não há falar que as causas de diminuição de pena são aplicadas separadamente, apenas na última fase da realização da dosimetria da pena, e, sendo portanto, permitida sua aplicação com a pena-base prevista na lei revogada. (...) Concordo, pois, com a tese segundo a qual, caso fosse permitida a combinação das referidas leis para extrair-se um terceiro gênero, os magistrados estariam atuando como legislador positivo, em total afronta aos princípios da separação de poderes e da reserva legal. (...). (Destaque nosso)

#### **4 Conclusão**

Consoante o estudo em análise, a *quaestio* relativa à (im) possibilidade de combinação de leis penais possui relevante papel de ordem prática, especialmente porque interfere diretamente no *status libertatis* do indivíduo e tangencia a incidência do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, tão caro ao Estado Democrático de Direito.

As duas linhas doutrinárias principais sobre o tema, por sua vez, apontam, cada uma na sua órbita de atuação, argumentos sólidos para fundamentar, de um lado, a impossibilidade, e, de outro lado, a possibilidade de combinação de leis penais. É

indubitável, contudo, que a consolidação do entendimento dos Tribunais Superiores quanto à impossibilidade de combinar leis penais enfraquece, ao menos em parte, a corrente doutrinária que admite a combinação de institutos jurídicos e/ou de leis penais.

Tanto é assim que a Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal do Senado Federal, quando analisou o anteprojeto de novo Código Penal, propôs – como primeira alteração – a retirada da previsão que permitia a combinação de leis penais, sendo certo que o juiz, na sucessão de leis penais, deverá aplicar aquela que, globalmente considerada, for mais favorável ao réu, vedada a combinação de leis. A justificativa apresentada pela Comissão, como era de se esperar, remete à impossibilidade de o Poder Judiciário se tornar legislador e ao entendimento firmado nos Tribunais Superiores.

Nada obsta, por conseguinte, a ocorrência de *overriding*<sup>31</sup>, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Explica-se: consoante exposto alhures, a tese vencida na Corte Constitucional não adotou a mera criação de uma *lex tertia*, defendendo, em verdade, a máxima eficácia do preceito constitucional que garante a retroatividade da lei penal mais benéfica a partir de um cotejo das diversas normas jurídicas

<sup>31</sup> Em apertada síntese, nas palavras de Haroldo Lourenço, “o *overriding* ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Há, a rigor, uma superação parcial, semelhante a uma revogação parcial da lei. Não se pode confundir a técnica de confronto e superação do precedente com o denominado reversal, onde há somente a reforma no julgamento do recurso, sendo alterado pelo órgão *ad quem* o entendimento do órgão a quo. Novamente, cumpre registrar que o *overruling* e *overriding* são técnicas que impedem a petrificação do direito, arejando o sistema e o mantendo atualizado. (...)”. LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

estabelecidas em cada uma das leis em conflito.

Assim, se identificado instituto jurídico inédito, na lei nova, que possa isoladamente retroagir para em conjunto com outros institutos jurídicos não conflitantes, estes previstos na lei velha, tornar mais benéfica a situação do réu, não haveria impedimento de ordem constitucional ou legal.

Por tudo quanto exposto, e se apresentando como uma terceira via à dicotomia inicial, a fomentar o persistente debate doutrinário, é possível defender a possibilidade de combinação de institutos jurídicos diversos previstos em leis penais sucessivas com o fito de garantir a máxima efetividade do texto constitucional, especialmente se o novel instituto benéfico não possuir equivalente na lei penal nova.

**The retroactivity of the most favorable criminal law and the (im) possibility of combining criminal laws: an analysis in the light of doctrinal and jurisprudential understanding of the subject**

**Abstract:** This article aims to analyze the (impossibility of combining criminal laws on the basis of the principle of retroactivity of the most favorable criminal law. The inspirational legal debate of the study refers to the initially ambivalent position of the Superior Courts when faced in concrete the issue and also to the inclusion in the draft of novel Penal Code article providing for the possibility of combining criminal laws in order to benefit the defendant. With these assumptions, the specific objectives focused on describing the chances of conflict of criminal laws in time, especially the principle of retroactivity of the most favorable criminal law as well as the analysis of the combination of criminal laws in the light of doctrine and jurisprudence on the implementation of reduction because of penalty established by Law no. 11.343 / 2006 the defendants convicted of drug trafficking under the force of Law. 6368/1976. The methodology we used qualitative

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

research, descriptive and explanatory, with the bibliographic research techniques and documentary. In order, it was found that although the case law have been pacified, the doctrinal dissent remains, and no doubt that the doctrinal lines drawn to defend or reject the combination of criminal laws have constitutional protection and underlie the continuing debate.

**Keywords:** Principle of retroactivity. Criminal law. Combination.

## Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Decreto-Lei nº. 2.848*, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm) >. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº. 1.001*, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm) >. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 1.094.499/MG*. Sessão da Terceira Seção de 12.05.2010. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901910118&dt\\_publicacao=18/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901910118&dt_publicacao=18/08/2010)>. Acesso em: 10 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento do Recurso Extraordinário nº. 596/152/SP*. Sessão Plenária de 13.10.2011. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730041>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento do Recurso Extraordinário nº. 600.817/MS*. Sessão Plenária de 07.11.2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DQKtipmTsA0>>. Acesso em: 10 ago.2014.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. *Nova Lei de Tóxicos: causa de*

*diminuição de pena aplicável retroativamente?* Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=170>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

GOMES, Luiz Flávio; RUDGE, Elisa M. *Drogas: admite-se a combinação de leis penais para beneficiar o réu?* Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/973805/drogas-admite-se-a-combinacao-de-leis-penais-para-beneficiar-o-reu>>. Acesso em: 11 ago.2014.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo enunciado da súmula do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/11/04/o-novo-enunciado-da-sumula-do-superior-tribunal-de-justica/>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *O Supremo Tribunal Federal, a lei de drogas e a combinação de leis penais*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/11/12/o-supremo-tribunal-federal-a-lei-de-drogas-e-a-combinacao-de-leis-penais/>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

SANTOS, Igor Raphael de Novaes. *Combinação de leis incriminadoras: uma análise (crítica) doutrinária e jurisprudencial. Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 24 out. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33655&seo=1>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22. ed., rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2002.

A retroatividade da lei penal mais benéfica e a (im)possibilidade de combinação de leis penais: uma análise à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

SILVA NETO, Ulysses Gonçalves da. A possibilidade de combinação de leis penais e a nova posição do Supremo Tribunal Federal. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 12 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22410>>. Acesso em: 14 ago. 2014.