

A COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NA ATUALIDADE¹

Claudio Alberto Trichês Painim Junior²

Resumo: O presente artigo tem por finalidade precípua identificar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial da denominada “combinação de leis” no âmbito do Direito Penal, bem como eventuais produções legislativas sobre o tema no sistema jurídico pátrio. Apesar do tempo decorrido de acalorado embate de ideias sobre o assunto pelos juristas, nem a jurisprudência e nem especialistas da área harmonizaram seus argumentos no sentido de unificar o posicionamento jurídico. A ausência de normatização expressa auxilia, em certo grau, a dissonância de entendimentos acerca da conjugação de leis penais, fato que pode vir a ser mudado em razão de previsão no Anteprojeto do Código Penal em trâmite no Congresso Nacional. Desse modo, inexistente até o momento entendimento pacífico no país. Na elaboração deste artigo, utiliza-se o método indutivo.

Palavras chave: Direito Penal. Combinação de Leis. *Lex Tertia*. Separação de Poderes. Retroatividade Benéfica.

Abstract: This article has the primary aim of identifying the doctrinal and jurisprudential position called "combination of laws" under the Criminal Law, as well as any legislative productions on the topic in the national legal system. Despite the elapsed time of heated argumentation on the subject by jurists, neither the precedents or the specialists harmonized their arguments in order to unify the legal position. The lack of law, in some way, helps the dissonance of understandings about the combination of penal laws, a fact that might change due to the draft of the new Penal Code pending in Congress. Therefore, until now there is no agreement on the subject. In the research of this article, we use the inductive method .

Keywords: Criminal Law. Combination of Laws. *Lex Tertia*. Separation of Powers. Beneficial Retroactivity .

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe um espectro de inúmeras garantias individuais que tutelam, dentre outros, direitos

¹ Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma 2012.

² Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2011). Servidor do Ministério Público de Santa Catarina.

intimamente ligados à esfera criminal³. Sabe-se que esse quadro constitucional garantista foi novidade para aqueles que vivenciaram um Estado sob o comando do governo militar, quando muitos dos direitos individuais foram tolhidos.

Importante destacar essa conjuntura da sociedade brasileira, tendo em vista que os axiomas e os princípios formadores da Lei Maior do Estado informam a sua estrutura jurídica e são a ela inerentes, de modo que sua desvinculação desconstitui a própria ideia de Estado⁴. Disso decorre a importância dos direitos e garantias individuais insertos na Carta Magna de 88, ainda que nela não expressos, pois possibilitam o convívio harmônico entre indivíduos e entre estes e o Estado.

Nesta última relação, entre indivíduo e poder estatal, está o Direito Criminal, monopólio do Estado cujo exercício se dá por meio do chamado *jus puniendi*. Assim, cabe a ele investigar, condenar e executar pena a alguém imputada. Para que todo esse processo ocorra, no entanto, é necessário que haja lei prevendo e delimitando a atuação do poder público em face do indivíduo – princípio da legalidade e da reserva legal -, a fim de se evitar abusos.

Por corolário desses princípios, deve o Estado, por meio dos seus entes competentes, definir os fatos da vida penalmente relevantes, observando-se o escopo do Direito Criminal Pátrio, e normatizá-los, ou seja, inseri-los em um diploma legal, para que a partir disso possa exercer as funções acima mencionadas.

Nesse contexto, insere-se a chamada “combinação das leis” penais, donde se discute se o julgador, ao cumular partes de diplomas penais distintos favoráveis ao acusado, estaria ferindo a função do Poder Legislativo ou integrando normas penais de acordo com os parâmetros garantidos pela Constituição.

Assim, nos tópicos que se seguem, abordar-se-á sobre os aspectos gerais deste fenômeno jurídico, com os posicionamentos favoráveis e opostos, na doutrina

³ PACIELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 13. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8-15.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.344.

e na jurisprudência emanada dos tribunais superiores, e a legislação sobre o assunto no país.

1 Combinação de Leis Penais: Aspectos Gerais

O tema combinação de leis penais está até hoje na pauta de debates dos juristas. Trata-se de fenômeno jurídico inserto no Direito Penal, na parte de vigência temporal da lei penal, e manifesta-se quando surge conflito entre duas leis penais sucessivas no tempo, onde ambas apresentam dispositivos favoráveis e desfavoráveis ao réu⁵.

A discussão dá-se pela possibilidade ou não de o magistrado, no caso concreto, aplicar parte da norma primitiva e parte da posterior, visando, assim, a extrair o máximo de benefício da conjugação das leis em relação ao réu⁶. Desse modo, debate-se se o Judiciário estaria imiscuindo-se em legislador, criando uma terceira lei - *lex tertia* -, ou garantindo a aplicação dos princípios da retroatividade e ultratividade benéficas da lei, direitos constitucionalmente previstos ao réu⁷.

O entrave jurídico não se restringe ao Brasil, pois outros países como Portugal, Itália, Espanha e Alemanha também trataram do assunto. Curiosamente todas essas nações descartam a possibilidade da combinação de leis penais, ainda que abordem e justifiquem o tema de forma diferente entre si.

Comparado ao Brasil, há de se ver que diferente de Itália, Espanha e Alemanha, a Magna Carta expressa a garantia da retroatividade benéfica da lei penal, bem como no plano infraconstitucional pátrio inexistente previsão

⁵ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. 6 ed. São Paulo: Método, 2012. p. 116.

⁶ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. p. 116.

⁷ ZACHARIAS TORON, Alberto. A Combinação de Leis no Tempo no Direito Comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.772, p. 445. Fevereiro, 2000.

impossibilitando a combinação de leis penais, como é o caso de Portugal, Itália e Espanha⁸.

A situação supramencionada fomenta a discussão no sistema jurídico brasileiro, que historicamente só veio a incluir a retroatividade da lei penal benéfica no seu regime com a Constituição de 1934, ainda com certas limitações, as quais somente foram extirpadas com a Carta de 1946, quando tomou forma tal qual a de hoje⁹.

Nesse cenário, juristas consagrados posicionam-se em lados diametralmente opostos, alguns admitindo a possibilidade do julgador em combinar leis penais sucessivas em favor do réu, com base no fenômeno da extratividade da lei penal; e outros sustentando a impossibilidade sob o argumento da lesão à separação dos poderes, base de um Estado Democrático de Direito.

Tais posicionamentos serão abordados nos itens que se seguem, juntamente com a análise do entendimento dos tribunais superiores.

2 Posições Doutrinárias do Fenômeno

Conforme visto acima, o tema abordado no presente estudo é polêmico, não guardando harmonia no mundo jurídico. Em verdade, inúmeros estudiosos debruçaram-se sobre o assunto, em épocas distintas, consoante se verá a seguir, não encontrando, porém, uma linha mestra em comum para o caso.

Destaca-se, dentre os que entendem pela necessidade de escolher entre uma e outra lei, Néelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Aníbal Bruno, Bento de Faria, Guilherme de Souza Nucci, Paulo José da Costa Júnior, Luiz Vicente Cernicchiaro, Vincenzo Manzini, Jiménez de Asúa, Fontán Balestra e Muñoz Conde¹⁰.

⁸ ZACHARIAS TORON, Alberto. A Combinação de Leis no Tempo no Direito Comparado. **Revista dos Tribunais**. p. 445-451.

⁹ ZACHARIAS TORON, Alberto. A Combinação de Leis no Tempo no Direito Comparado. **Revista dos Tribunais**. p.446-447.

¹⁰ MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Intertemporal Penal. Possibilidade de “Combinação” de Leis: O Equívoco da *Lex Tertia*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 66, p. 382. Junho, 2007.

Opondo-se a eles, defendendo o direito do julgador em aplicar leis retalhadas conjugadamente, estão, dentre outros, Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Frederico Marques, René Dotti e Nilo Batista¹¹.

Para melhor compreensão das razões espargidas por cada um desses grupos, preferiu-se dividi-los em subseções, cada qual destinada à exposição dos argumentos de uma das frentes.

2.1 Posição Favorável

Como dito acima, o tema ora em análise divide opiniões no campo doutrinário: uma corrente inadmite a conjugação de leis e outra, seguindo caminho oposto, não só aceita a possibilidade, como afirma ser dever do julgador combiná-las, em homenagem às garantias constitucionais do réu.

Com efeito, segundo informa Guilherme de Souza Nucci, uma das teses arguidas pelos defensores da aplicação da ultratividade mais benéfica em concomitância com a retroatividade da *lex mitior* é a da previsão contida no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que alude¹²: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”¹³.

Nesse sentido, inexistente motivo, afirmam os causídicos desta tese, que obste o magistrado de unir partes de leis diferentes a fim de abrandar a penalidade a ser imposta ao réu.

Entretanto, este não é o único argumento dos adeptos à corrente favorável. Recorrem-se também aos primados constitucionais no intuito de amparar sua posição, refutando, desse modo, as razões da corrente contrária.

¹¹ MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Intertemporal Penal. Possibilidade de “Combinação” de Leis: O Equívoco da *Lex Tertia*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 7. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 110.

¹³ BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-norma-actualizada-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

Alberto Zacharias Toron, explanando sobre o assunto, cita o descontentamento de Basileu Garcia, para quem a observância desmedida da impossibilidade da combinação da lei nova com a antiga levanta situações injustas, sendo “... necessário temperá-lo (o critério) com um pouco de equidade”¹⁴.

Essa visão de Basileu Garcia influenciou inúmeros juristas da época e dos que surgiram em seguida, de modo a entusiasmar alguns tribunais a julgar nesse sentido, a exemplo dos tribunais paulistas e do Rio Grande do Norte¹⁵.

Frederico Marques foi outra personalidade a encabeçar referida corrente. Para ele, conforme assinala Toron, o juiz ao combinar duas leis penais a fim de favorecer o réu não estaria criando uma terceira lei, mas atuaria:

“em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, (...) 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*. (...) 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 sobre pruridos de lógica formal”.

Arnaldo Malheiros Filho, ainda que refute a ideia de equidade aventada por Basileu Garcia, trilha os caminhos geridos por este, acreditando que a junção de leis penais se trata de “fiel observância dos mandamentos constitucionais e do regime de intertemporalidade consagrado no Código Penal”¹⁶. Corrobora este entendimento René Dotti, Roberto Delmanto, Luiz Régis Prado, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Flávio Gomes, Damásio Evangelista de Jesus e Nilo Batista¹⁷.

Vê-se, portanto, que para os filiados a essa corrente de pensamento, o juiz, ao jungir partes benéficas de leis penais, não assume a posição de legislador e, por isso, não cria uma terceira lei. Na verdade, conforme lição de Eros Grau, expressa

¹⁴ ZACHARIAS TORON, Alberto. A Combinação de Leis no Tempo no Direito Comparado. **Revista dos Tribunais**. p. 4476-447.

¹⁵ MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Intertemporal Penal. Possibilidade de “Combinação” de Leis: O Equívoco da *Lex Tertia*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**.

¹⁶ MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Intertemporal Penal. Possibilidade de “Combinação” de Leis: O Equívoco da *Lex Tertia*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**.

¹⁷ MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Intertemporal Penal. Possibilidade de “Combinação” de Leis: O Equívoco da *Lex Tertia*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**.

por Malheiros Filho, a atribuição do juiz é interpretar a lei, extraíndo-se a norma, de acordo com os preceitos constitucionais, para, ao final, aplicá-la ao caso concreto¹⁸.

Malgrado os fortes argumentos trazidos por esta corrente, a qual composta por estudiosos de igual envergadura, há outra frente de juristas que dissentem deste raciocínio, norteando o raciocínio pela impossibilidade da combinação de leis penais sucessivas, com supedâneo no primado da separação dos poderes contido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme se verá no subitem seguinte.

2.2 Posição Desfavorável

De acordo com a explanação acima, a combinação de leis penais pelo julgador não é só possível, como também obrigatória, uma vez que guarda amparo constitucional e infraconstitucional – Código Penal -. Há, contudo, quem pugna pela impossibilidade da medida acima referida, em virtude da quebra da separação de funções do Estado.

Com efeito, já em meados dos anos 90, Néelson Hungria manifestava sua incredulidade na possibilidade do julgador arvorar-se em legislador, sob pena de violar a regra constitucional da separação dos Poderes.¹⁹ De maneira mais enfática, Roger Spode Brutti, afirma que “não compete ao Judiciário proceder à combinação de leis, quando dos seus julgamentos. Ou se aplica uma, ou se aplica outra. Caso contrário, estaria “legislando” tal qual o Congresso Nacional”²⁰.

Além desses, enquadram-se nessa turma, entre outros, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, José Henrique Pierangelli,²¹ Eugênio Pacelli de Oliveira e Guilherme de Souza Nucci.

¹⁸ MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Intertemporal Penal. Possibilidade de “Combinação” de Leis: O Equívoco da *Lex Tertia*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**.

¹⁹ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático: Parte Geral**. p. 116.

²⁰ SPODE BRUTTI, Roger. Temáticas Recentes: Condução Policial Coercitiva, Tráfico, Denúncia Anônima, Racha de Veículos, Lex Tertia, Racismo, Sigilo Policial e Outros Assuntos. **RDP: Seção Especial – Os Tribunais Decidem**, n. 71, p. 218. Dez-Jan, 2012.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. p. 110.

Guilherme de Souza Nucci leciona que o magistrado deve fazer uma aplicação abstrata das duas leis, verificando a mais favorável ao acusado, levando esta a efeito para imputação da pena. Em suas palavras:

“preferimos posição (...) apontada por Jiménez de Asúa, baseando-se em Von Liszt, ao lecionar que a fórmula mais exata deve levar o juiz a fazer uma aplicação mental das duas leis que conflitam – a nova e a antiga -, verificando, no caso concreto, qual terá o resultado mais favorável ao acusado, mas sem combiná-las, evitando-se a criação de uma terceira lei (...). É também a posição adotada por Claus Roxin (...)”²².

Pois, se assim fosse, estar-se-ia pondo “em risco a própria legalidade”²³, pois o julgador estaria criando uma norma inexistente, ainda que se queira dizer que seja mera integração de leis benéficas²⁴.

A respeito da afirmação da corrente favorável à combinação de leis penais no que toca ao suposto dispositivo permissivo – art. 2º, parágrafo único, do Código Penal – do fenômeno sob estudo, Guilherme de Souza Nucci a refuta alegando que este comando legal autoriza a aplicação de lei posterior benéfica ao réu, mas não legitima o magistrado retalhá-la, integrando-a a outra, formando uma terceira lei inédita. Ademais, esclarece que tal previsão normativa é uma cautela positiva, que indica ao intérprete legal o impedimento de aplicar retroativamente lei mais benéfica ao acusado sob a assertiva de ela não descrever a conduta típica ou conter em seu bojo o teor da pena em si²⁵.

Acompanha essa linha, Eugênio Pacelli de Oliveira, o qual entende impossível a fragmentação normativa, sob pena de resultar em uma terceira legislação²⁶. Adverte, o autor, porém, que em certas situações, especificamente as que extinguem a punibilidade, devem ser aplicadas, “porque portadoras de

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. p. 111.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. p. 111.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. p. 111.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. p. 110-111.

²⁶ PACIELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 13. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.29.

mensagens – juízos legislativos – de ausência de interesse punitivo, devem ser sempre aplicadas”²⁷.

Além desses pontos elencados dos que defendem defesa a conjugação de leis penais, exsurge outro questionamento, qual seja, na impossibilidade de o juiz combinar partes de uma legislação primária com outra posterior, deverá aplicar, então, ou a primeira ou a última, mas a quem caberia decidir sobre a norma mais benéfica, ao réu ou ao julgador?²⁸

Guilherme de Souza Nucci explica que a escolha cabe ao juiz, legítimo representante do Estado em aplicar a lei ao caso concreto, e que no inconformismo do réu, poderá, ele, recorrer da decisão, bem como, continua, o direito em discussão é indisponível, sendo incabível o acusado optar por algo que considere mais favorável²⁹.

Percebe-se, assim, que esta corrente trata o tema com um enfoque distinto da anterior, mormente no que diz respeito aos preceitos constitucionais. Enquanto aqueles sobrepõem alguns dos direitos individuais albergados pela Carta Magna sobre os primados colidentes, estes privilegiam a separação dos Poderes, sustentando-se, principalmente, nos princípios da legalidade e da reserva legal, sem, contudo, deixar totalmente de lado os direitos fundamentais consagrados na Lei Maior.

Desse modo, inexistindo consenso na doutrina, resta saber se e como os tribunais pátrios têm tratado o assunto, em vista da difícil discussão que envolve o assunto. É o que se abordará no capítulo subsequente.

3 *Lex Tertia* e Jurisprudência

O tema controvertido em análise também causou divergência nos tribunais. Conforme se verá adiante o Superior Tribunal de Justiça – STJ – e o Supremo Tribunal Federal – STF -, oscilaram seus posicionamentos com o passar do tempo.

²⁷ PACIELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. p. 29.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. p. 111.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. p. 111.

O STJ é composto, em matéria criminal, pelas 5ª e 6ª Turmas, e pela junção delas, a 3ª Seção. Observando-se os julgados dessas Turmas, nota-se que ambas, antes de meados do ano de 2010, entendiam possível combinação de dispositivos de leis diversas.

Com efeito, o Informativo 375, de novembro de 2008, do STJ, inseriu em seu bojo acórdão representativo do posicionamento da 5ª Turma à época, acerca do tema, cujos fundamentos recaíram sobre a possibilidade da união do art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/1976 com o teor do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da preponderância do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, previsto no art. 5º, XL, da Magna Carta/88 e em consonância com o parágrafo único do art. 2º do Código Penal³⁰.

A 6ª Turma daquela Corte percorria a mesma linha até meados do ano de 2010, com efeito, conforme noticiado pelo próprio Tribunal, sendo favorável ao fenômeno: “a possibilidade de combinar dispositivos de leis diversas para beneficiar o condenado tem sido adotada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça”³¹.

Entretanto, em julgados mais recentes essas duas Turmas modificaram seus entendimentos, passando, de modo uníssono, a rejeitar os pleitos de conjugação de dispositivos diferentes. A exemplo, colaciona-se o seguinte aresto:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.189.603 - MG (2010/0067441-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ

AGRAVANTE : EDUARDO HENRICH CARVALHO RODRIGUES

ADVOGADO : PAULO JOSÉ ÂNGELO ANDRADE

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DO

³⁰ Informativo 375 STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp?livre=@cod=0375>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

³¹ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96175#>. Acesso em: 17 jan. 2013.

CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS, MEDIANTE COMBINAÇÃO DE LEIS. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É vedada a análise de dispositivos constitucionais em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso.
2. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a nova Lei de Drogas pode ser aplicada aos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes cometidos sob a égide do antigo diploma legal, desde que na sua integralidade.
3. Agravo regimental desprovido³².

Na linha desse aresto, a 5ª Turma decidiu inúmeros outros casos, dos quais cita-se HC171534/SP, Resp 1198477/PR, HC 202557/SP, HC 240771/SP e HC227353/SP.

Com a 6ª Turma não foi diferente, também a título de exemplificação, menciona-se os seguintes julgados: HC128577/SP, HC 197210/SP e HC 232115/SP, os quais seguem a mesma lógica da ementa abaixo:

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 199.324 - MS (20110047576-3)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

AGRAVANTE : JANDER GOMES PEREZ (PRESO)

ADVOGADO : GUSTAVO ZORTÉA DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

AGRAVADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. NÃO CABIMENTO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. NÃO CABIMENTO DO RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS.

1. Não é cabível o habeas corpus como substitutivo de recurso/revisão criminal. Precedentes.

³² AgRg no Resp 1189603/MG. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgamento em: 27/11/2012, publicado no Dje de 05/12/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2010/0067441-2&data=5/12/2012>. Acesso em: 19 jan. 2013.

2. A quantidade de droga apreendida constitui fundamento idôneo para justificar a majoração da pena-base do fato típico descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/1976, seja com fundamento no art. 37 da referida lei, seja com base no art. 59 do Código Penal, pois tal elemento está diretamente relacionado às circunstâncias do crime praticado. Precedentes.

3. Conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias, o paciente nem sequer confessou a prática da infração criminosa, não sendo cabível, portanto, o reconhecimento da atenuante da confissão.

4. Segundo entendimento pacífico desta Corte, em razão da vedação à combinação de leis, é descabida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à reprimenda cominada nos termos da Lei n. 6.368/1976.

5. Agravo regimental improvido³³.

A harmonia de entendimento entre as duas Turmas não se deu por acaso, pois que surgiram a partir do emblemático julgado do EREsp n. 1094499/MG pela 3ª Seção do STJ, de relatoria do ministro Felix Fischer, em que se firmou entendimento no sentido de vedar a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/06 aos crimes cometidos na vigência da Lei n. 6.368/76, por constituir norma híbrida, não prevista no ordenamento jurídico.

No Supremo Tribunal Federal também houve oscilação de posicionamentos, visto que historicamente decidia pela vedação da aplicação de dispositivos oriundos de diplomas legais diferentes concomitantemente a um caso concreto, por quebrar o intento do legislador com a norma e criar conteúdo diverso do previamente estabelecido³⁴.

Porém, em certos julgados passou a permitir e aplicar tal método de interpretação, sob a égide de que o juiz, assim procedendo, não estaria criando uma nova norma, nem usurpando da função legislativa, mas apenas movimentando-se dentro dos quadros legais em direção a uma integração perfeitamente possível, tendo, dessa maneira, adotado a teoria da ponderação diferenciada, na qual o magistrado deve observar a relativa autonomia das disposições das leis conflitantes, confrontando-as e aplicando-as adequadamente ao caso concreto, do que pode

³³ AgRg no HC 199324/MS. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento em: 04/12/2012, publicado no Dje de 14/12/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201100475763&data=14/12/2012>. Acesso em: 19 jan. 2013.

³⁴ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. p. 117.

resultar na aplicação conjunta de ambas as disposições³⁵.

Em pouco tempo o STF retoma o posicionamento anterior, readmitindo a teoria da ponderação unitária, que refuta a combinação de leis penais, com supedâneo no princípio da reserva legal e da separação dos Poderes do Estado, uma vez que é vedado ao Poder Judiciário criar uma terceira pena não prevista anteriormente³⁶.

Impende destacar, contudo, que a Corte Suprema enfrentou a questão no emblemático RE 596152/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que o Ministério Público Federal – recorrente – requeria a não combinação de dispositivos das leis de drogas já mencionadas nesse estudo, que o juízo *a quo* havia concedido ao recorrido. O debate entre os ministros foi acirrado, restando, ao final, um empate. Favoráveis ao pleito do *parquet* federal posicionaram-se Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio, e do outro lado da trincheira, Ayres Britto, Cesar Peluso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. Em virtude do empate por falta do décimo primeiro ministro e consagrando-se o princípio do *in dubio pro reo*, prevaleceu a linha favorável à combinação³⁷.

Dessa feita, deflui-se que dos dois tribunais somente o STJ conseguiu pacificar entendimento sobre a matéria, ao tempo em que o STF, ainda que apresente um histórico no sentido de infirmar a possibilidade de junção de leis penais sucessivas no tempo, não demonstrou, ainda, segurança jurídica sobre o tema.

4 Previsão Legal

Em 09 de julho de 2012 uma comissão de juristas, composta por Antônio Nabor Areias Bulhões, Emanuel Messias Oliveira Cacho, Gamil Föpel El Hireche,

³⁵ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. p. 117.

³⁶ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. p. 117.

³⁷ RE 596152/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 13/10/2011, publicado no DJE em 13/02/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2653247>>. Acesso em: 19 jan. 2013.

Gilson Dipp, José Muiños Piñeiro Filho, Juliana Garcia Belloque, Luiz Carlos 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, protocolou no Senado Federal o Projeto de Lei n. 236/2012, denominado Anteprojeto do Código Penal³⁸.

De acordo com esta comissão, o estudo do Anteprojeto teve como objetivos: modernizar o Código Penal; unificar a legislação esparsa; compatibilizar os tipos penais vigentes com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; dimensionar as penas com os respectivos crimes na medida da gravidade correspondente; e, por fim, buscar formas alternativas de sanção penal, que não as privativas de liberdade³⁹.

No que tange à matéria foco deste estudo, a referida proposta legislativa inovou o ordenamento jurídico brasileiro, prevendo expressamente um dispositivo permitindo a combinação de leis penais quando benigno ao réu, consoante abaixo:

“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.

(...)

§2º O juiz poderá combinar leis penais sucessivas, no que nelas exista de mais benigno.”⁴⁰

Nota-se, a partir disso, a movimentação legislativa tendente a introduzir no mundo jurídico dispositivo autorizador da combinação legislativa, uma vez que no ordenamento jurídico pátrio somente o Código Penal Militar, de 21 de outubro de 1969,⁴¹ trata do assunto e que, curiosamente, em seu art. 2, §2º, traz a seguinte redação: “Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior

³⁸ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em: 19 jan. 2013.

³⁹ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>> Acesso em: 19 jan. 2013.

⁴⁰ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>> Acesso em: 19 jan. 2013.

⁴¹ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. p. 118.

devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato”⁴².

5 Considerações finais

O tema sob estudo, conforme demonstrado, é alvo de grande polêmica nos meios acadêmicos do Direito, bem como no dia a dia do operador jurídico, mormente dos magistrados, aos quais se dirigem as funções de interpretação e aplicação da lei.

A discussão da possibilidade ou impossibilidade de combinação de leis penais mostra-se de grande importância prática, visto que sua aplicação destina-se diretamente à privação da liberdade do indivíduo, medida extrema dentro de um Estado Democrático de Direito e que pode influenciar diretamente no *quantum* ou da extinção da pena cominada.

Contudo, ainda que se queira apoiar a tese daqueles que entendem pela impossibilidade, analisando-se os argumentos favoráveis e desfavoráveis à sua incidência, tanto no âmbito doutrinário, quanto no jurisprudencial, verifica-se espaço para maior aprofundamento na matéria.

Com efeito, os defensores da aplicação da combinação das leis penais, ao afirmarem que a Constituição, assim como o Código Penal, determinam a retroatividade da lei sempre que for benéfica ao réu, sem demonstrar que os preceitos constitucionais alegados admitam a cisão de leis criminais, abrem uma lacuna para maiores questionamentos.

Por outro lado, os opositores da tese não deixam claros alguns aspectos acerca da cisão da lei, tais como: todas as leis devem ser tratadas como unidade independente da matéria que regulam? E se tratarem de matérias distintas, porém correlatas?

⁴² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm> Acesso em: 19 jan.2013.

No que tange à produção legislativa, verificou-se a iniciativa do Senado Federal em criar um novo Código Penal, no qual consta dispositivo aceitando de forma expressa a combinação de leis penais sucessivas favoráveis ao acusado.

No entanto, não é crível que com a aprovação deste projeto de lei, da forma que redigido, esse dispositivo solucione o entrave jurídico, pois, caso vigore, questiona-se: a previsão contida no art. 2º, §2º, do Código Penal Militar permanecerá vigendo? A mera especialidade da *lex castrense* autoriza essa dissonância? Se a resposta àquela questão for negativa, como conseguiu vigorar por tanto tempo? Não seria ela incompatível com o bloco constitucional desde antes?

Ademais, ainda cogitando a vigência do Anteprojeto, acaso a jurisprudência harmonize-se no sentido de rejeitar a aplicação da combinação de leis, o novel dispositivo perderia seu efeito.

Por fim, considerando o que foi exposto, acredita-se que a discussão não está amadurecida o suficiente para consolidar-se em uma posição pacífica nos anais jurídicos do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 596152/SP. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2653247>>. Acesso em: 19 jan. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial 1189603/MG. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2010/0067441-2&data=5/12/2012>. Acesso em: 19 jan. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Habeas Corpus 199324/MS. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201100475763&data=14/12/2012>. Acesso em: 19 jan. 2013.

BRUTTI, Roger Spode. Temáticas Recentes: Condução Policial Coercitiva, Tráfico, Denúncia Anônima, Racha de Veículos, *Lex Tertia*, Racismo, Sigilo Policial e Outros Assuntos. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, Ano XI, n. 71, pg. 214-222, Dez-Jan 2012.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: Parte Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito Intertemporal Penal: Possibilidade de “combinação” de leis: o equívoco da *Lex Tertia*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 66, pg. 373-389, mai-jun. 2007.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TORON, Alberto Zacharias. A Combinação de Leis no Tempo no Direito Comparado. **Revista dos Tribunais**, vol. 772, pg. 445-453, Fev. 2000.

Redação muito boa, desenvolveu o assunto, boa pesquisa bibliográfica, mas poderia ter utilizado mais fontes. Nota: 10.