

## A (Im)possibilidade de Combinação de Leis Penais

Daniel Surdi de Avelar  
Marion Bach

O tema sobre o qual nos debruçaremos nas linhas que seguem foi reconhecido, já em 05.06.2009, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal e em razão de pedido suscitado no Recurso Extraordinário n. 596.152/SP, como sendo de *repercussão geral*. Em 13.10.2011 o mérito do referido RE foi efetivamente julgado e, na oportunidade – o que bem revela quão polêmica é a discussão e quão sólidos são os argumentos que sustentam as antagônicas posições – a votação acabou empatada: cinco ministros votaram pelo acolhimento e cinco pela rejeição do RE<sup>1</sup>.

Diante do empate, o STF homenageou o princípio do *in dubio pro reo* e aplicou, ao caso, a tese mais favorável à defesa. Tal decisão, porém, ficou adstrita àquela situação concreta, não havendo vinculação aos demais casos que tratavam da matéria. Por tal razão é que, em nova sessão plenária, agora em 07.11.2013, o STF julgou o Recurso Extraordinário n. 600.817/MS, interposto pela Defensoria Pública, cujo *mérito* foi reconhecido como sendo *tese de repercussão geral*<sup>2</sup>.

Não obstante o caso em apreço trate do crime de tráfico de drogas, a discussão central está relacionada com matéria correlata à teoria da norma: a possibilidade, ou não, de *combinar leis penais* que se sucedem no tempo, sendo, portanto, a lei de drogas apenas o (substituível) pano de fundo.

Para concretizar a discussão que envolve a combinação de leis penais, importa conhecer, do caso concreto, que ocorreu crime de tráfico de drogas sob a égide da lei 6368/76. Naquela ocasião, o art. 12 cominava a pena abstrata mínima de 03 (três) e máxima de 15 (quinze) anos e não havia, em seus parágrafos, previsão de qualquer causa de diminuição de pena. Com o advento da lei 11343/06, o tráfico de drogas passou a ser tipificado pelo art. 33, que estabelece, em seu preceito secundário, a pena mínima de 05 (cinco) e máxima de 15 (quinze) anos. O mesmo dispositivo, no par. 4º, estabelece que pode haver diminuição de um sexto a dois terços da pena caso o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.

<sup>1</sup> Votaram para dar provimento ao recurso extraordinário os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Cármem Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio. Em sentido oposto foram os votos dos Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso (Presidente), Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

<sup>2</sup> E é por essa razão que, ao acessar o site do Supremo Tribunal Federal, no *link* que conduz às teses de repercussão geral, o “acórdão de repercussão geral” e o “acórdão do mérito”, no que refere ao RE 600817, possui o mesmo conteúdo.

Tem-se, então, que a *nova* lei de drogas traz, comparativamente à *antiga* lei de drogas, alteração que, *em parte desfavorece* o réu (ao alterar a pena mínima em abstrato de 03 (três) para 05 (cinco) anos) e *em parte favorece* o réu (ao prever causa de diminuição que antes inexistia).

Tendo, no caso em apreço, o sujeito praticado o fato delituoso sob a égide da lei 6368/76 – partindo sua pena em abstrato do mínimo legal de 03 (três) anos, portanto -, a Defensoria Pública interpôs Recurso Extraordinário pugnando pela retroatividade da causa de diminuição prevista exclusivamente na lei 11343/06. Eis o cerne da questão: se deferido o pleito da defesa, haveria aplicação de parte (benéfica) da lei 6368/76 e parte (benéfica) da lei 11343/06. Seria legítima tal *combinação de leis penais*?

A discussão que envolveu os ministros da Corte em novembro de 2013, está, há muito, presente na doutrina nacional e internacional. E, note-se, o simples fato da discussão existir há tempos, sem ter sido soterrada, até o momento, por uma corrente prevalente, é revelador da existência de argumentos capazes de sustentar tanto a possibilidade, quanto a impossibilidade de combinação de leis penais. Não à toa o debate divide, como poucos temas fizeram, doutrinadores de peso, conterrâneos e estrangeiros, clássicos e modernos.

Dentre os doutrinadores que entendem pela *impossibilidade* de combinação de leis penais estão – num rol não exaustivo - Nélson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso, Bento de Faria, Vincenzo Manzini, Luis Jiménez de Asúa, José Cerezo Mir, Enrique Bacigalupo, Francisco Muñoz Conde e Manuel Cobo del Rosal.

Já dentre os doutrinadores que defendem a *possibilidade* de combinação de leis penais estão José Frederico Marques, Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Alberto Silva Franco, René Ariel Dotti, Álvaro Mayrink da Costa, Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos, Paulo Queiroz, Cesar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, Andrei Zenkner Schemidt, Jorge de Figueiredo Dias, Américo A. Taipa de Carvalho, Busto Ramírez, Gunther Jakobs, dentre outros.

A discussão doutrinária, cujos detalhes passaremos em breve a explorar, possui especial relevo no tema da combinação de leis penais, em razão da matéria não ter sido – hoje ou historicamente – tratada expressamente pelo legislador brasileiro.

A Carta outorgada em 1824, no art. 179, XI, consagrava unicamente o princípio da anterioridade, assegurando a necessidade da existência de uma lei prévia e escrita. Nada referia, porém, sobre à retroatividade de leis penais, quando da sucessão no tempo. O Código Criminal

do Império e a Constituição de 1981, do mesmo modo, limitaram-se ao princípio da reserva legal.<sup>3</sup>

Foi no Código Penal de 1891 que houve a previsão, no art. 3º e pela primeira vez, da retroatividade da nova lei penal nos casos em que o caso “não era passível de pena” ou “era punido com pena menos rigorosa”. De idêntico teor era o art. 3º da Consolidação das Leis Penais de 1932.<sup>4</sup>

A primeira Constituição da República a prever a retroatividade da lei penal foi a de 1934, ao dispor no art. 113 que “a lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu”, tendo a (autoritária) Constituição de 1937, no art. 122, mantido tal garantia ao estabelecer que “as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores”.<sup>5</sup>

Com o advento do Código Penal de 1940, estabeleceu-se, através do art. 2º, que ninguém será punido “por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. Com a reforma realizada na parte geral do Código Penal, em 1984, tal redação foi mantida, tendo sido alterado, entretanto, o parágrafo único do mesmo dispositivo, no intuito de permitir que a lei benigna retroaja mesmo quando houver trânsito em julgado das sentenças penais. E é desta forma – e apenas desta forma – que a legislação infraconstitucional brasileira trata do tema, atualmente.

No que diz respeito à legislação constitucional, importa dizer que a Constituição Federal de 1988 trouxe, no art. 5º, inc. XXXIX, a garantia de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, mas, no inc. XL, foi além e determinou que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Pois bem. É analisando e confrontando tais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais – que deixam expresso o tratamento dispensado tão somente quanto à irretroatividade maligna e a retroatividade benigna - que a doutrina brasileira se divide diante da possibilidade ou impossibilidade de conjugar leis penais que se sucedem no tempo.

O principal argumento da corrente doutrinária que defende a impossibilidade de conjugar leis penais – e que é, diga-se, a corrente mais *tradicional* - é que isso implicaria na criação de uma terceira lei (*lex tertia*), posto que a lei aplicada ao caso concreto não seria nenhuma das promulgadas pelo Poder Legislativo<sup>6</sup>. Nélson Hungria, membro da comissão

<sup>3</sup> TORON, Alberto Zacharias. A combinação de leis penais no tempo no direito comparado. In *Revista dos Tribunais*, vol. 772, 2000, p. 445 – 454.

<sup>4</sup> TORON, Alberto Zacharias. A combinação de leis penais no tempo no direito comparado. In *Revista dos Tribunais*, vol. 772, 2000, p. 445 – 454.

<sup>5</sup> TORON, Alberto Zacharias. A combinação de leis penais no tempo no direito comparado. In *Revista dos Tribunais*, vol. 772, 2000, p. 445 – 454.

<sup>6</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 131.

revisora do Código Penal de 1940, afirmou, ao comentar tais dispositivos legislativos, 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”<sup>7</sup>.

Assim, aqueles que seguem o entendimento de Nélson Hungria, se filiam à ponderação unitária ou global, que significa que “é a lei na sua totalidade, na globalidade das suas disposições, que deve ser aplicada”<sup>8</sup>.

Ao negar a possibilidade de combinar leis penais, portanto, a doutrina considera homenageado o princípio da legalidade, mais especificamente em sua garantia *formal* (ou *política*), que se traduz na ideia - plantada por Montesquieu - de separação dos poderes<sup>9</sup>.

A corrente doutrinária que se contrapõe à compreensão acima exposta conta com diferentes argumentos. Elegemos – em razão da brevidade do presente comentário – dois principais.

O primeiro é trazido por Frederico Marques, que considera que não há consistência em afirmar que o juiz, ao combinar leis, está ocupando o papel do legislador. Entende, pelo contrário, que o magistrado “está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima”<sup>10</sup>. Em obediência a princípios de equidade, consagrados pela própria Constituição, o magistrado estaria autorizado a combinar as leis, pois “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 sobrepor sobre pruridos de lógica formal.”<sup>11</sup>

No mesmo sentido, de preponderância da retroatividade benigna – sem limitações -, em razão de sua previsão constitucional, se posicionou Alberto Silva Franco ao aduzir que “a irretroatividade da lei penal incriminadora e a retroatividade da lei penal mais benéfica são princípios constitucionais paralelos e de igual grau, conexionados na proteção do direito de liberdade do ser humano.”<sup>12</sup>

Assim, o primeiro argumento a favor da possibilidade de combinação de leis penais advém de interpretação constitucional: no Brasil há regra constitucional expressamente

<sup>7</sup> HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 190.

<sup>8</sup> TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1990, p. 69.

<sup>9</sup> “Só existe (liberdade política) quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. (...) Para não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

<sup>10</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 210.

<sup>11</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 210.

<sup>12</sup> SILVA FRANCO, Alberto. *Temas de direito penal*. São Paulo: Saraiva: 1986, p. 16.

prevendo a retroatividade da lei penal benigna e a legislação infraconstitucional é silente quanto à (im)possibilidade de conjugação de leis penais.

Tal situação, para referida corrente doutrinária, coloca o Brasil em posição distinta quando da análise do tema em Portugal, Itália e Espanha. Explica-se. Em Portugal a Constituição de 1976, no art. 29, prevê a retroatividade da lei penal benigna. O Código Penal português, entretanto, expressamente repele a possibilidade de combinação de leis penais. Na Itália, a Constituição traz apenas a irretroatividade da lei penal maligna, silenciando sobre a retroatividade da benigna. O Código Penal italiano conta com dispositivo que aduz que “se a lei do tempo em que foi cometido o crime e a lei posterior são diversas, se aplica aquela cujos dispositivos são mais favoráveis ao réu”<sup>13</sup>.

É por isso que Manzini – doutrinador constantemente invocado para tratar do tema, inclusive pelos ministros do STF –, entende que se deve optar ou pela lei antiga ou pela lei nova, mas considerada integralmente e indistintamente, sendo vedado aplicar simultaneamente as disposições mais favoráveis de ambas, salvo se disposto expressamente de modo diverso<sup>14</sup>.

Na Espanha, a Constituição traz regra expressa tão somente no que diz respeito à irretroatividade da lei maligna, nada disponde sobre a retroatividade da lei penal mais benéfica. O Código Penal espanhol, porém, traz ambas as regras, seguida de interessante recomendação: “em caso de dúvida sobre a determinação da lei mais favorável, será ouvido o réu”<sup>15</sup>.

Parece ser tal dispositivo a razão de Cobo Del Rosal, Vivés Antón<sup>16</sup> e Muñoz Conde<sup>17</sup> se posicionarem no sentido de ser inadmissível a combinação de leis penais. “Primeiro porque não há dispositivo constitucional regulando a matéria. Depois, porque se a lei estabelece que o réu deve ser ouvido em caso de dúvida, é porque não aceita a conjunção de leis no tempo. Do contrário, não haveria necessidade de ouvir o imputado.”<sup>18</sup>

Depreende-se, do breve comparativo acima realizado, que a situação brasileira é distinta uma vez que a Constituição Federal – ao contrário do ocorrido na Itália e na Espanha –, dispõe expressamente sobre a retroatividade da lei penal benigna e o Código Penal brasileiro – diversamente do português – não veda expressamente a possibilidade de combinação de leis penais.

---

<sup>13</sup> Tradução livre de “se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono piú favorevoli al reo”.

<sup>14</sup> MANZINI, Vicenzo. *Diritto penale – parte generale*. Padova: Cedam, 1979, p. 118.

<sup>15</sup> Tradução livre de “en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo”.

<sup>16</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal – parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal – parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1993.

<sup>18</sup> TORON, Alberto Zacharias. A combinação de leis penais no tempo no direito comparado. In *Revista dos Tribunais*, vol. 772, 2000, p. 445 – 454.

“Assim colocada a questão, conclui-se que a retroatividade penal benéfica estatuída pelo art. 5º, XL, da CF, trata de verdadeira regra constitucional material de direito fundamental que visa à proteção da liberdade individual e, pois, norma jurídico-constitucional de aplicabilidade direta e imediata, produzindo todos os seus efeitos essenciais em relação à questão que o legislador constitucional quis regular, não admitindo quaisquer restrições em sua aplicação pelo intérprete (...).<sup>19</sup>”

Há, afora a questão que envolve a interpretação constitucional, um segundo argumento trazido pela corrente doutrinária que entende pela possibilidade de conjugação de leis penais no tempo. Trata-se do *conceito* ou, mais propriamente, da *compreensão* que se tem do termo “lei” constante do art. 5º, XL, da CF.

Na intenção de repelir o argumento de que, ao realizar a combinação de leis penais, estaria o julgador “legislando” e constituindo uma terceira lei, a doutrina aponta eventual confusão entre *lei* e *norma*. Quando há referência sobre o cotejo de lei posterior e lei anterior, está-se referindo à *lei em sentido formal*, ou seja, diplomas legais regularmente editados pelas agências políticas competentes. Porém, quando se discute a *aplicação* da lei - mais severa ou mais branda -, está-se referindo à *norma jurídica* que deve reger o caso concreto<sup>20</sup>.

E há, como bem se sabe, distinção clara entre *lei* e *norma*. Enquanto lei é um veículo descritivo produzido pelo legislador, a norma é produzida pelo intérprete no momento da aplicação. Nas palavras de Canotilho, a lei é sinal linguístico e a norma é o que revela.<sup>21</sup> Já na poesia de Eros Grau, a lei é a partitura enquanto a norma é a música, executada pelo intérprete.<sup>22</sup>

Ora, estando empenhado na produção de uma *norma*, não poderá o juiz estar criando uma lei, de sorte que não há falar em *lex tertia*. (...) Ao produzir norma a partir de textos veiculados em um ou outro diploma legislativo, o juiz não está criando uma terceira lei. Na verdade está apenas aplicando as leis existentes da maneira determinada pela Constituição e pela Parte Geral do Código Penal.<sup>23</sup>

Diante dos bons e opostos argumentos, não causa estranheza que o Supremo Tribunal Federal já tenha decidido pela *possibilidade* de conjugação de leis penais – veja-se o HC 69033-5, de 1992 e relatoria do Min. Marco Aurélio -, mas que, em sessão plenária realizada em

<sup>19</sup> PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Retroatividade penal benéfica: a conjugação de leis penais sob a ótica constitucional. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 88, p. 143-162, 2011.

<sup>20</sup> MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito intertemporal penal e possibilidade de “combinação” de leis: o equívoco da *lex tertia*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 66, p. 373-389, 2007.

<sup>21</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p. 219.

<sup>22</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 77.

<sup>23</sup> MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito intertemporal penal e possibilidade de “combinação” de leis: o equívoco da *lex tertia*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 66, p. 373-389, 2007. No mesmo sentido, Paulo César Busato em *Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 131.

novembro de 2013, tenha consolidado, em tese de repercussão geral, *posicionamento em sentido oposto*, para o qual já vinha caminhando<sup>24</sup>.

Não surpreende, ademais, que o próprio julgamento que decidiu a tese de repercussão geral tenha contado com apertada votação entre os Ministros componentes da Suprema Corte, quase ensejando novo empate.<sup>25</sup>

O relator do acórdão que enfrentou o tema, Min. Ricardo Lewandowski, afirmou que permitir a combinação de leis penais “implica violar o princípio da legalidade e da separação dos poderes”. Estaria, segundo o Ministro Relator, “o julgador transcendendo o papel de intérprete e, com base em argumentos meramente doutrinários, fragmentando leis a ponto de recortar delas frases, palavras, incisos e artigos, a pretexto de favorecer o acusado”.

Ainda conforme referido voto, “a Constituição Federal impõe que a lei penal retroaja para beneficiar o réu, não fazendo menção sobre sua aplicação, no sentido de autorizar que apenas algumas partes de diversas leis possam ser aplicadas separadamente. Assim, é necessário que tal dispositivo constitucional seja confrontado com outros princípios, em especial, os já mencionados princípios da legalidade e da separação dos poderes”.

Basicamente, o que se extrai do voto do Min. Relator é que “ao realizar a conjugação de leis penais, estaria o julgador aplicando uma lei fantasma, uma vez que nunca fora efetivamente criada pelo legislador”. O legislador, especificamente no caso em que promulgou a nova lei de drogas (Lei n. 11343/06), previu diminuição de pena para o condenado que seja primário, de bons antecedentes e que não seja habitual ou profissional na prática do delito. Porém, para aplicar tal causa de diminuição, o legislador teria incrementado, de maneira considerável, a pena mínima em abstrato (de três para cinco anos). “Haveria, portanto, uma *correlação* entre o aumento da pena mínima em abstrato para o crime de tráfico e a inserção da causa de diminuição – correlação que seria desprezada caso o julgador realizasse a combinação das leis penais”.

Merecem registro, também e sem pretensão exaustiva, os bons fundamentos expostos nos votos que corroboraram o entendimento do Min. Relator, como os trazidos pelo Min. Luiz Fux. A um, referido Min. menciona a existência do art. 2º, par. 2º, do Código Penal Militar, que “pode servir como norte interpretativo do (restante do) ordenamento jurídico pátrio” e expressamente reconhece que “para se reconhecer qual a lei mais favorável, a lei posterior e a

---

<sup>24</sup> Vale o registro de que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), já havia sumulado a matéria em 2013. A Súmula n. 501 estabelece 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 Lei 6368/76, sendo vedada a combinação de leis.”

<sup>25</sup> Votaram pela impossibilidade de combinação de leis penais os Ministros Ricardo Lewandowski, Teori Zavascki, Luiz Fux, Cármem Lúcia, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Votaram pela possibilidade de combinação de leis penais os Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato”. A dois, que a combinação de leis penais representaria “acachapante afronta ao princípio da isonomia”, pois “apenaria distintamente pessoas que praticaram exatamente o mesmo fato, tão somente em razão do tempo em que tal conduta fora levada a cabo”.

Não há que se ignorar, porém, que bons fundamentos também constam dos votos vencidos, que entenderam pela possibilidade de combinação de leis penais que se sucederam no tempo. Vale registrar, a título exemplificativo, o voto proferido pelo Min. Dias Toffoli. Ao citar antigo voto do Min. Cezar Peluso, aduziu que o Deputado Paulo Pimenta – Relator para o PLS n. 115/2002, que deu ensejo à lei 11343/2006 -, ao se manifestar sobre a “criação” da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33, esclareceu que “intentava fazer distinção entre os pequenos e grandes traficantes”. Daí que Peluso afirmou que tal causa de diminuição deveria incidir sobre as penas previstas tanto na lei antiga quanto na nova, posto que sempre houveram grandes e pequenos traficantes – tendo, porém, apenas a lei 11343/2006 reconhecido tal distinção expressamente. Assim, para os Min. Cezar Peluso e Dias Toffoli, não haveria qualquer correlação entre as penas em abstrato e tal causa de diminuição.

Tendo sido construído – brevemente, é verdade – o cenário legislativo, doutrinário e jurisprudencial sobre a tese da (im)possibilidade de combinação de leis penais, passa-se agora a – atrevidamente, também é verdade – elencar argumentos que nos permitem concluir pelo *acerto* do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da referida matéria.

Pois bem. O Poder Legislativo possui a exclusividade para tratar de matéria de natureza penal. Assim, o legislador, diante de um contexto histórico e social, elabora legislação que considera adequada para um determinado momento. Foi o que ocorreu quando do advento da lei 6368/76. Posteriormente, diante de um *novo* contexto histórico e social, o legislador *repensa* a legislação, *readequando-a* ao *novo* momento. Foi o que ocorreu, trinta anos mais tarde, quando do advento da lei 11343/2006.

Por tal razão, combinar ambas as leis penais, aplicando ao caso concreto parte da lei antiga e parte da lei nova, *ignora os contextos históricos e sociais* de ambas as leis. Mais, *ignora a adequação – baseada em razoabilidade e proporcionalidade – pensada em cada uma das leis*, jamais em ambas conjuntamente (posto que o legislador de 1976 obviamente sequer podia conhecer a lei promulgada em 2006, enquanto o legislador de 2006 pretendia justamente superar a lei promulgada em 1976).

Registre-se, nesse ponto, que o legislador, quando da elaboração de uma lei penal, é guiado pelo princípio da proporcionalidade que, segundo a doutrina e a jurisprudência majoritárias, possui a face da *proibição do excesso* e a face da *proibição da insuficiência*. Leia-

se: o legislador, quando elabora uma lei penal, deve dimensionar penas (bem como respectivas qualificadoras, privilegiadoras, causas de aumento e de diminuição) que *não sejam excessivas*, mas também *não sejam deficientes* na tutela do bem jurídico.

Eis porque a combinação de leis penais não deve ser admitida, nem quando em favor do réu: porque haveria *quebra da proporcionalidade* pensada pelo legislador. Consequentemente, haveria o risco do bem jurídico ser tutelado de modo insuficiente/deficiente.

Ademais, sendo o Poder Legislativo o único competente para tratar de matéria penal e tendo tal Poder criado tão somente duas leis distintas - a 6368/76 e a 11343/2006 -, permitir que o Poder Judiciário aplique partes de uma e partes de outra, acarretaria a aplicação de uma *terceira lei*, jamais criada, e, portanto, “*carente de um batismo democrático*”, na feliz expressão do Min. Luiz Fux.

Não se olvida que o julgador pode, como bem registrou Frederico Marques, “se movimentar legitimamente dentro dos quadros legais” para aplicar a norma penal. Porém, parece que tais quadros legais não podem ser desenhados – e delimitados – por um conjunto indefinido de leis penais, promulgadas a todo e qualquer tempo. Se assim fosse, o julgador estaria autorizado a pinçar não apenas artigos e parágrafos, mas também incisos e mesmo palavras de leis novas e antigas, o que, definitivamente, não parece razoável. O julgador, portanto, está legitimado a atuar dentro dos quadros legais - considerando o princípio da irretroatividade maligna e da retroatividade benigna -, mas não deve ignorar que os quadros legais sejam observados na íntegra, de modo a garantir, também na íntegra, adequação, proporcionalidade e batismo democrático.

Por fim, há que se considerar que não obstante as regras de retroatividade benigna e irretroatividade maligna sejam claras na teoria, nem sempre o são, na prática. Basta pensar numa lei que diminui o mínimo, mas aumenta o máximo legal em abstrato da pena; que substitui uma breve pena privativa de liberdade por uma longa pena restritiva de direitos, etc. Nesses casos, nada mais justo do que permitir que seja ouvido o apenado. Inclusive porque pode ocorrer de um apenado, considerando suas características e aptidões pessoais, considerar mais benigno o que outro considera mais maligno.

Eis o que, conjugados os princípios basilares do direito penal com a atual legislação constitucional e infraconstitucional, parece o entendimento mais adequado: a não admissão da combinação de leis penais, devendo sempre ser aplicada a lei mais benigna, mas na sua integralidade. Como o princípio da retroatividade benigna e irretroatividade maligna intenta justamente preservar os direitos individuais do apenado, nada mais justo do que permitir que esse se manifeste sobre qual das leis penais considera, para si, a mais benéfica.

## REFERÊNCIAS

- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BUSTO RAMÍREZ, Juan J; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal – parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal – parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- COSTA JR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1977.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Direito intertemporal penal e possibilidade de “combinação” de leis: o equívoco da *lex tertia*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 66, p. 373-389, 2007.
- MANZINI, Vicenzo. *Diritto penale – parte generale*. Padova: Cedam, 1979.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1964.
- MAYRINK DA COSTA, Alvaro. *Direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal – parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1993.
- PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Retroatividade penal benéfica: a conjugação de leis penais sob a ótica constitucional. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 88, p. 143-162, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general. Fundamentos: la estrutura de la teoria del delito*. Madri: Civitas, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA FRANCO, Alberto. *Temas de direito penal*. São Paulo: Saraiva: 1986.

TAIPA DE CARVALHO, Américo A. *Sucessão de leis penais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1990.

TORON, Alberto Zacharias. A combinação de leis no tempo no direito comparado. In *Revista dos Tribunais*, vol. 772, p. 445-454, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anonima, 2006.