



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO: UMA ANÁLISE A PARTIR
DO CASO DA LEI DE DROGAS**

Maria Natália Oliveira Silva

Ronaldo Alves Marinho da Silva

Aracaju

2015

MARIA NATALÍCIA OLIVEIRA SILVA

**COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO: UMA ANÁLISE A PARTIR
DO CASO DA LEI DE DROGAS**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo -
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovado em 30/05/2015.

Banca Examinadora

Ronaldo Alves Marinho da Silva

Universidade Tiradentes

Márcio César Fontes Silva

Universidade Tiradentes

Mildes Francisco dos Santos Filho

Universidade Tiradentes

COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO DA LEI DE DROGAS

Maria Natália Oliveira Silva¹

RESUMO

A combinação de leis penais no tempo uma análise a partir do caso da lei de drogas é o tema deste artigo. O tema em si é de grande relevância, pois permite analisar a possibilidade do magistrado combinar dispositivos de duas leis para assim aplicar ao caso concreto, com o objetivo de favorecer o réu. O cenário atual é de divergência, tanto no campo doutrinário como jurisprudencial, pois com o advento da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), o art. 33, §4º trouxe uma causa de redução da pena que não existia na Lei anterior (Lei nº 6.368/1976) e isto criou dúvidas sobre qual a Lei que deve ser aplicada, já que a nesta Lei a pena é menor. Tal dúvida resultou em interposição de diversos recursos aos Tribunais, requerendo a aplicação do §4º da nova lei ao crime de tráfico praticado no período anterior a sua vigência. Desse modo, são estudados o princípio da extra-atividade e sua aplicação no ordenamento jurídico, a possibilidade de combinação de leis penais no tempo e o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-chave: Combinação de Leis Penais. Tráfico de drogas. Retroatividade da Lei Penal.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa desenvolvida neste trabalho comporta um estudo sobre a combinação de leis penais no tempo, uma análise a partir do caso da lei de drogas. A

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: manatalicia@gmail.com

fim de atingir um nível de maior amplitude sobre a discussão aqui suscitada, algumas perguntas foram levantadas, a principal delas é: poderá o juiz combinar partes de dispositivos de duas leis de drogas, com o objetivo de favorecer o réu?

Para responder a tal questionamento, este trabalho discute a importância do princípio da extra-atividade e sua aplicação no ordenamento jurídico, avaliando a possibilidade de combinação de lei penais e qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da combinação de leis.

O principal objetivo do estudo é analisar a possibilidade da combinação de leis penais no tempo, a partir do entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre a combinação do artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006, com o artigo 12 da Lei 6.368/1976.

A própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XL, assegura que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. O princípio da retroatividade da lei penal também está descrito no artigo 2º, em seu parágrafo único do CPB. E é com base nesse princípio que se busca sempre aplicar a norma mais benéfica ao réu.

Ademais, a Lei nº 6.368/1976, em seu artigo 12, define o crime de tráfico de drogas e estabelece uma pena de 3 a 15 anos de reclusão, sem nenhuma possibilidade de redução. Já com o advento da nova Lei de Drogas (11.343/2006), em seu artigo 33, apresenta uma pena mais severa para o mesmo crime, de 5 a 15 anos de reclusão, mas em compensação traz no § 4º uma causa de redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

A discussão veio a vulto quando parte do judiciário entendeu que há possibilidade da combinação de dispositivos da lei de drogas, anterior e atual, em relação aos crimes cometidos antes da entrada em vigor do novo diploma, culminando pela diminuição da pena para o réu, fazendo com que vários recursos fossem analisados pelos Tribunais, tendo como resultado decisões conflitantes, inclusive com posição de que o juiz estaria legislando, criando uma terceira norma, o que fere o princípio da separação dos poderes.

Vê-se assim que o tema é de grande relevância para o meio acadêmico, permitindo analisar a possibilidade ou não do judiciário aplicar dispositivos de duas leis para assim julgar o caso concreto. E é por acreditar no senso da justiça que esperamos, através deste estudo, contribuir para elucidação do tema.

Nesse particular divide-se o presente trabalho em analisar o princípio da extra-atividade e sua aplicação no ordenamento jurídico, verificar a possibilidade de

combinação de leis penais no tempo e averiguar a posição do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça no caso da lei de drogas.

2 PRINCÍPIO DA EXTRA-ATIVIDADE E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O princípio da extra-atividade é a possibilidade da aplicação da lei penal a fatos ocorridos fora do seu período de vigência, mesmo depois de revogada, ou retroagir para alcançar fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, ou seja, é a capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo. A extra-atividade divide-se em ultra-atividade e retroatividade.

O autor Greco (2013, p. 107) salienta que:

Fala-se em ultra-atividade quando a lei, mesmo depois de revogada, continua a regular os fatos ocorridos durante a sua vigência; retroatividade seria a possibilidade conferida à lei penal de retroagir no tempo, a fim de regular os fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor.

A irretroatividade penal é o corolário do princípio da anterioridade da lei penal, ou seja, uma lei penal incriminadora somente poderá ser aplicada a determinado delito caso este esteja em vigor antes da sua prática. Segundo Jesus (2009, p. 72) “o princípio da irretroatividade vige, entretanto, somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no direito transitório, a aplicação retroativa da lei mais benigna (*lex mitior*)”.

No entanto, extrai-se do presente entendimento que o princípio da irretroatividade tem como finalidade buscar proteger o indivíduo, fazendo com que não se aplique penas mais severas a este. Já o princípio da retroatividade é a aplicação da nova lei para reger fatos ocorrido sob a vigência de lei anterior.

Entende Bitencourt (2013, p. 207) que:

O princípio da irretroatividade da lei penal também tem a finalidade de proteger o indivíduo contra o próprio legislador, impedindo-o de criminalizar novas condutas, já praticadas por aquele, que, desconhecendo tais circunstâncias, não tem como nem por que evitá-la.

A regra geral, trazida na própria Constituição Federal, é a da irretroatividade da lei penal, não podendo esta retroagir para prejudicar o agente, ou seja, se entrar em vigor uma lei mais severa que a anterior, chamada *lex gravior*, esta não alcança o fato

praticado anteriormente. Contudo a sua exceção é a retroatividade, que significa que surgindo uma norma penal mais benéfica para o réu, deverá ela retroagir imediatamente.

Várias teorias disputam o tratamento do tema relativo ao tempo do crime. A primeira teoria é da atividade ou também chamada de teoria da ação, considera praticado o crime no momento da conduta do agente, não se levando em consideração o momento do resultado. Para Nucci (2012, p.111) significa “a prática do delito no momento da conduta, não importando o instante do resultado, considera-se o local do delito aquele onde foi praticada a conduta (atos executórios)”.

A segunda teoria é conhecida por teoria do resultado do evento ou efeito, definindo que o importante é o momento da produção do resultado, não levando em consideração a conduta. Greco (2013, p. 106) diz que “a teoria do resultado determina que o tempo do crime será, como a sua própria denominação nos está a induzir, o da ocorrência do resultado”. Aqui, portanto, considera-se a importância do momento da produção do resultado exigido pelo tipo.

A terceira teoria é chamada de mista ou da ubiquidade, por esta teoria considera-se praticado o crime tanto no momento da conduta, quanto no momento do resultado. Nosso Código Penal adotou para definir o Lugar do Crime, mas quanto ao Tempo do Crime, adotamos a teoria da atividade (art. 4º do CPB). Vale citar Nucci (2012) “a teoria mista ou da ubiquidade é tanto o lugar onde ocorreu o crime tanto onde houve a conduta, e quanto onde se deu o resultado”.

Tendo o Código Penal Brasileiro (CPB) adotado a Teoria da Atividade (Jesus, 2009, p. 103), não se descuidou de prever exceções a sua aplicação, a exemplo do disposto no artigo 111, inciso I, ao abordar o marco interruptivo da prescrição.

Várias são as formas de modalidades de lei penal no tempo, diz-se que ocorre a *abolitio criminis* quando uma lei posterior deixa de considerar como infração um fato que era anteriormente punido, ou seja, um crime que existia e que por força de uma nova previsão legal deixa de ser considerado crime (art. 2º CPB). Neste caso, a nova lei retira do campo da ilicitude penal a conduta incriminada, sendo assim, todas as pessoas condenadas por tais crimes deverão ter extinta a sua punibilidade, os processos e inquéritos policiais serão arquivados. Em relação a este instituto Greco afirma:

Quando o legislador de forma cautelosa em razão das alterações sociais, resolve não mais continuar a aceitar determinada conduta,

retirando portanto do ordenamento jurídico penal a infração que a previa, pois que passou a entender que o direito penal não mais se fazia cogente à proteção de determinado bem, ocorre o fato jurídico conhecido como *abolitio criminis*.

Vale ressaltar que não importa o andamento do processo, com o advento da *abolitio criminis* faz cessar de imediato os efeitos penais da sentença condenatória, mas por sua vez prevalece os efeitos civis, desse modo aqueles que estiverem presos por determinado crime, sobrevindo o surgimento de uma lei que discrimine tal conduta, fica extinta a sua punibilidade que pode ocorrer tanto na fase de inquérito ou durante o andamento do processo.

Para Cunha (2013, p. 100):

A abolição do crime representa a supressão da figura criminosa. Trata-se de revogação de um tipo penal pela superveniência de lei descriminalizadora [...] sempre que o legislador, atendendo às mutações sociais (e ao princípio da intervenção mínima), resolve não mais incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que a previa, julgando que o Direito Penal não mais se faz necessário à proteção de determinado bem jurídico.

Em linhas gerais, entende-se que existindo a desconsideração de tal conduta como infração penal é um forte motivo para gerar a retroatividade da lei penal à data do fato delituoso, ocorrendo a *abolitio criminis* não subsistirá para o réu nenhum efeito penal.

Irá ocorrer a *novatio legis* incriminadora quando um indiferente penal passar a ser considerado infração penal, tem império a regra *tempus regit actum*, ou seja, é a hipótese da lei nova que vem a tornar fato anteriormente não incriminado pelo direito penal como fato incriminado, como fato típico.

Bitencourt (2013, p. 211) afirma que:

A *novatio legis* incriminadora, ao contrário da *abolitio criminis*, considera crime fato anteriormente não incriminado. A *novatio legis* incriminadora é irretroativa e não pode ser aplicada a fatos praticados antes de sua vigência, segundo o velho aforisma *nullum crimen sine praevia lege*.

Nesse sentido uma lei que incrimina novos fatos ela será irretroativa, vez que prejudica o acusado, tal fato é decorrente do axioma jurídico “*Nullum Crimen Sine Praevia Lege*”, não podendo a lei retroagir. Observa-se que se não há uma advertência por parte do Estado para dirimir determinada conduta e impor uma sanção ao agente, esta será considerada totalmente lícita e, por sua vez, quem a pratica não

pode ser punido. Por fim, importante destacar que se alguém vier praticar a conduta descrita como crime durante a *vacatio legis*, não terá cometido crime algum, já que a lei requer obrigatoriedade da sua entrada em vigor.

A *novatio legis in mellius* é a lei nova mais favorável, a lei nova pode favorecer o agente de várias maneiras. Essa tem plena aplicação no Direito Penal Brasileiro, prevista pelo Código Penal, em seu artigo 2º, parágrafo único e pela Magna Carta, em seu artigo 5º, XL. Vale a pena dizer que, não importa o modo pelo qual a lei nova favoreça o agente, ela será aplicada a fatos ocorridos antes de sua vigência.

Segundo Greco (2013, p.108):

[...] a lei nova, editada posteriormente à conduta do agente, poderá conter dispositivos que o prejudiquem ou que o beneficiem. Será considerada *novatio legis in pejus*, se prejudicá-lo; ou *novatio legis in mellius*, se beneficiá-lo.

Por sua vez entende Bitencourt (2013, p 210) que:

Novatio legis in mellius pode ocorrer que a lei nova, mesmo sem descriminalizar, dê tratamento mais favorável ao sujeito. Mesmo que a sentença condenatória encontre-se em fase de execução, prevalece a *lex mitior* que, de qualquer modo, favorece o agente, nos estritos termos do parágrafo único do art. 2º do CP.

Consoante os aludidos autores, surgindo uma lei nova que seja de fato mais benéfica ao réu, será ela de pronto aplicada. A *novatio legis in mellius* poderá retroagir, podendo ser aplicada para regular fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, ainda que tenham sido decididos por sentença condenatória já transitada em julgado, não há limitação temporal para sua aplicação.

Preceitua Bitencourt (2013, p. 210) que a *novatio legis in pejus* é:

Lei posterior que de qualquer modo agravar a situação do sujeito não retroagirá. Se houver um conflito entre duas leis, a anterior, mais benigna, e a posterior, mais severa, aplicar-se à mais benigna: a anterior será ultra-ativa, por sua benignidade, e a posterior será irretroativa, por sua severidade. A lei menos favorável, seja anterior, seja posterior, denomina-se *lex gravior* e, como tal, não pode ser aplicada a fatos ocorridos antes de sua vigência.

A *novatio legis in pejus* refere-se à lei nova mais severa, ante o princípio da retroatividade da lei penal benigna a *novatio legis in pejus* não tem aplicação retroativa na esfera penal brasileira, pois esta, por sua vez, só tende a agravar a situação do agente. Destarte, se uma lei posterior, sem criar novas incriminações ou abolir outras, agrava a situação do agente, não deve retroagir.

A *novatio legis in pejus* é aplicada aos crimes permanentes e continuados, tem-se por crime permanente aquele que cuja execução se prolonga, ou seja, se protraí no tempo; crime continuado é aquele que o agente comete dois ou mais crimes da mesma natureza, mediante de mais uma ação ou omissão, levando-se em conta as condições de tempo, lugar, maneira de execução dentre outros. O Código Penal deixa claro o conceito do crime continuado:

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Interessante saber como seria feita a aplicação de uma lei posterior ao início do crime, seja ele continuado ou permanente, quando essa lei posterior agrava a situação do agente. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 711, afirmando que “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou permanência”.

A sucessão de leis penais no tempo refere-se exatamente entre a data do fato praticado e o término do cumprimento da pena onde podem surgir várias leis penais, ocorrendo assim a sucessão de leis no tempo, deve-se observar as regras da ultra-atividade ou retroatividade benéficas.

Ressalta Greco (2013, p. 113) que:

À medida que forem surgindo as leis, é necessário fazer comparações entre elas, com a finalidade de ser escolhida e aplicada aquela que melhor atenda aos interesses do agente. Se a anterior for considerada mais favorável, gozará dos efeitos da ultra-atividade, se a posterior é mais benéfica, será retroativa.

Compreende-se que cometido um ilícito penal será fixado à lei penal que estiver em vigor no momento da ação ou omissão e está perdurará enquanto não for extinta, modificada ou revogada. Todavia, nem sempre haverá permanência da lei penal, posto que a data do fato do delito cometido e o término do cumprimento da pena poderá haver alteração das leis penais, ocorrendo a sucessão ou conflito de leis penais no tempo.

No entanto, havendo conflito entre normas, a regra geral é que deverá ser aplicada aquela que for melhor para o réu, ou seja, devendo fazer comparações entre as duas leis que se encontram em confronto aplicando por fim aquela que lhe fora melhor.

Todavia, as leis temporárias e excepcionais elas não derogam do princípio da reserva legal, pois não são aplicadas a fatos ocorridos antes de sua vigência. São, portanto, as leis excepcionais e temporárias ultra-ativas, desse modo, continuam a ser aplicadas a fatos praticados durante a sua vigência, mesmo depois de sua revogação.

De fato, a lei excepcional será revogada pela cessação das circunstâncias que as determinaram. Já a lei temporária será pelo decurso da sua duração.

Segundo Jesus (2009, p. 95) assegura que:

Uma vez alto-revogada a lei excepcional ou temporária criadoras de infrações, ressurgem o ordenamento jurídico que não as definia. A *lei nova*, que não considera infrações as condutas definidas nas leis excepcionais ou temporárias, é a própria ordem antiga que, cessada a vigência das normas passageiras, revive a sua eficácia. Então, a antiga legislação renasce, tornando-se lei posterior e não descrevendo como infração as condutas definidas como ilícitos penais pelas leis temporárias ou excepcionais.

As leis temporárias e as leis excepcionais respeitam necessariamente o princípio da ultra-atividade, independentemente de lei posterior, ou seja, aplica-se a lei temporária ou excepcional aos fatos ocorridos durante a sua vigência, exceto se norma posterior expressamente descreve o contrário e seja mais benéfica ao réu, conforme preceitua o artigo 3º do Código Penal.

Como exemplo de leis excepcionais, temos aquelas que foram editadas buscando regular fatos ocorridos durante o estado de guerra ou mesmo calamidade pública, tal como o surto de uma doença epidêmica etc. Importante esclarecer que encerrando o período de vigência entre as referidas leis ou cessadas as suas circunstâncias anormais, serão elas revogadas.

É de suma importância abordar a questão quanto as leis intermediárias, chama-se lei Intermediária pelo simples fato de não aplicada a lei que estava vigente à época do fato e muito menos aquela que estava em vigor quando da prolação da sentença.

Segundo Bitencourt (2013, p. 212) no tocante a lei intermediária ressalta que:

Problema interessante surge quando há uma sucessão de leis penais, e a mais favorável não é nem a lei do tempo do fato em nem a última, mas uma intermediária, isto é, uma lei que não estava

vigendo nem ao tempo do fato delitivo nem no momento da solução do caso.

Ocorrendo a lei intermediária, o aplicador deverá utilizar a Lei que for mais benéfico ao acusado, não importando o momento de sua vigência, seja na data do fato, na data da sentença ou entre esses dois marcos.

No entanto, para saber qual o juiz competente para aplicar a lei mais favorável ao réu dependerá do andamento processual. Por exemplo, se estiver em fase de execução, será competente o juiz da execução, conforme previsão a Súmula 611, do Supremo Tribunal Federal: “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”.

Assevera Greco (2013, p. 118) que:

Pode acontecer que ainda durante a fase investigatória surja uma lei mais benéfica ao agente. O Ministério Público, ao receber os autos de inquérito policial, já deverá oferecer a denúncia tomando por base o novo texto. Se o processo já estiver em andamento, o juiz ou o Tribunal poderá aplicar a *lex mitior*.

Contudo, o juiz da execução só será competente para dar efetividade à nova lei caso as alterações no processo se resultem de cálculos matemáticos, não precisando o magistrado realizar uma nova apreciação do mérito da ação penal de conhecimento. Caso contrário, a competência será do respectivo Tribunal, que deverá aplicar a nova legislação, mediante ação de revisão criminal.

Preceitua Greco (2013, p. 119) que:

[...] pode acontecer que ocorra sucessão de leis e, na busca por aquela que melhor atenda aos interesses do agente, não consiga o julgador identificar a que efetivamente possa ser considerada como *lex mitior*.

Portanto, para apurar qual a benignidade da lei deve-se levar em conta o caso concreto e todas as circunstâncias previstas, o juiz antes de aplicar a lei ao caso concreto deverá fazer uma análise crítica e uma interpretação lógica e precisa de cada lei a ser aplicada, devendo este, por sua vez, levar em consideração as causas de diminuição e de aumento da pena, dentre outras, para só assim verificar qual a lei melhor a ser aplicada.

Não obstante nem sempre uma lei que comina uma pena menor ao réu será esta de certa forma mais favorável a ele, posto que, dependendo do caso, uma outra lei que supostamente venha a vigorar poderá trazer causas de diminuição que a torne

ainda mais branda, bem como possa prever benefícios propiciando assim ao agente sua liberdade.

Havendo dúvidas sobre qual lei deverá ser aplicada, o réu será necessariamente ouvido, pois é ele, obviamente, o melhor para conhecer as disposições que lhe são mais benéficas. Este, por sua vez, se manifestará por meio de seu advogado, que indicará quais os dispositivos favoráveis à sua situação.

Segundo Greco (2013, p. 120) “tal regra diz respeito somente àquelas leis que criem novas figuras típicas, agravam a aplicação da pena ou de qualquer modo, prejudiquem o agente”.

Grande discussão ocorreu quando da possibilidade de uma nova lei surgir trazendo consigo dispositivos benéficos ao réu onde irá ocorrer a *novatio legis in mellius*, entende Damásio de Jesus (2009) que nesse caso, para que possa vir a ser aplicada, será necessário aguardar o início de sua vigência ou publicação.

Rogério Greco (2013), Luiz Vicente Crenicchiaro e Paulo da Costa Junior (1995), César Roberto Bitencourt (2013) entendem que é possível sua aplicação durante a *vacatio legis*, ainda que não expirado o prazo da *vacatio legis*, sendo bastante a publicação de seu texto.

A respeito do assunto, duas correntes são enfatizadas na doutrina, uma apontada por Guilherme de Souza Nucci, Damásio de Jesus, segundo a qual não é possível a lei nova abranger o fato anterior ou concomitante ao período da *vacatio*, já a segunda corrente, afirma que, em se tratando de *lex mitior*, deve ser a lei aplicada desde logo.

3 COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO

Grande ponto relevante diz respeito a possibilidade ou não do magistrado combinar dispositivos de leis para aplicar ao caso concreto quando se fala em combinação de leis penais no tempo. É sabido que diz respeito aos princípios da ultra-atividade e da retroatividade *in mellius*, ou seja, é dado ao julgador a possibilidade de extrair de dois diplomas legais os dispositivos que atendam aos interesses do agente?

O próprio Código Penal, em seu artigo 2º, parágrafo único, assevera que a lei que de qualquer modo favorecer ao réu, deve ser aplicada a fatos anteriores; a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XL, diz que à lei retroagirá para beneficiar

o réu, desse modo não há nenhuma vedação legal que impossibilite a lei de retroagir de forma parcial.

E é com base nesse princípio que se busca sempre aplicar a norma mais benéfica ao réu. Sendo assim, é possível imaginar que tal preceito não impossibilita o magistrado de combinar dispositivos de leis para chegar a uma pena aplicada. No entanto, há grande divergência tanto no campo doutrinário como jurisprudencial, pois existe um grande debate sobre a possibilidade ou não da combinação de dispositivos para aplicar ao caso concreto de modo a favorecer o réu.

A discussão veio à tona quando parte do judiciário entendeu em algumas decisões pela possibilidade da combinação de dispositivos da lei de drogas, atual e anterior, em relação aos crimes cometidos antes de 2006, culminando na diminuição da pena para o réu. Acontece que a Lei 6.368/1976, em seu artigo 12, nos traz uma pena de 3 a 15 anos de reclusão, sem nenhuma possibilidade de redução, já com o advento da Lei 11.343/2006, em seu artigo 33, apresenta uma pena mais severa, de 5 a 15 anos de detenção, mas em compensação traz no § 4º uma redução da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) desde que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Percebe-se que a lei antiga não trazia previsão nenhuma quanto à diminuição da pena, mas a lei nova trouxe uma diminuição em seu referido parágrafo.

Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direito, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Salienta-se que o caput do artigo fixou pena mais severa de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa, diversamente da lei anterior que possuía pena mais suave, contudo sem os benefícios do §4.º, art. 33, da Lei 11.343/2006.

Ocorre que, com tal previsão normativa de diminuição de pena existente no §4º da referida lei fez com que vários recursos fossem opostos nos Tribunais requerendo assim que o benefício criado fosse aplicado aos agentes que cometeram crimes relacionados ao tráfico de drogas, antes da criação da nova lei, ou seja, antes de 2006.

No entanto, acontece que houve grande divergência quanto à possibilidade de combinação de leis por parte dos tribunais, que se mostravam favoráveis a

combinação de leis para beneficiar o réu e, em outras decisões, desfavoráveis, alegando ser inconstitucional e ilegal a possibilidade de combinação de leis, pois a Constituição é muito precisa nesse sentido de que a lei deve retroagir de forma integral ou esta não retroage.

Denota-se que com o advento da lei referida, que revogou a antiga, esta por sua vez, majorou a pena para o réu, sendo esta *novatio legis in pejus*, como tal preceito não é permitido pela Constituição Federal tendo em vista que só poderá retroagir para beneficiar a nova lei não poderá retroagir, uma vez que é mais branda.

No entanto, há doutrinadores que são contra e outros a favor da combinação de dispositivos da Lei de drogas, para uma corrente doutrinária contrária à combinação de Leis Penais, dentre eles André Estefam, Guilherme de Souza Nucci e Néelson Hungria. Para estes o instituto seria inválido, pois o juiz estaria interferindo na divisão dos poderes, ou seja, estaria legislando ou melhor criando uma terceira lei, coisa que não é função sua e que a Constituição Federal, ao permitir a retroatividade de uma lei, esta deverá retroagir de forma plena e não de forma parcial e que o juiz deverá aplicar o que for melhor para o caso sempre para beneficiar o réu, mas combinar dispositivos de leis não.

Outra parte da doutrina se mostra favorável à combinação de dois dispositivos legais para uma equidade única da pena, para essa corrente o judiciário pode sim, combinar dispositivos de leis para aplicar ao caso concreto, sempre em busca daquilo que for mais favorável ao réu.

Citando-se como doutrinadores que apoiam essa corrente, temos: Júlio Fabrinni Mirabete, Ney Moura Teles, Assis Toledo e Damásio de Jesus entre outros.

Segundo Damásio de Jesus (2009, p.93):

[...] objeta que o juiz não criando nova lei, mas movimentando-se dentro do campo legal em sua missão de integração legítima. Se ele pode escolher uma ou outra lei para obedecer ao mandamento constitucional da aplicação da *lex mitior*, nada o impede de efetuar a combinação delas, com o que estaria mais profundamente seguindo o preceito da Carta Magna.

Isto quer dizer que pode o magistrado aplicar o todo de uma lei, ou de outra lei para beneficiar o réu, bem como aplicar parte de uma e de outra com o mesmo fito.

Ocorre que o STJ posicionou-se contrário a combinação da Lei n. 11.343/2006 com parte Lei n. 6.368/1976, através da súmula nº 501.

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 lei.

Inicialmente, a sexta turma do Supremo Tribunal de Justiça entendia ser cabível a combinação das leis com o fito de beneficiar o réu, tanto que julgou o HC 102.544 neste sentido. Por sua vez, na terceira seção realizada pelo dito órgão, ponderou-se tal questionamento e deduziu-se que agindo desta forma estaria o judiciário legislando, uma vez que produziria uma terceira norma.

Consolidou-se assim, que a lei penal poderia retroagir, mas desde que fosse de forma integral, não sendo, portanto, legal a aplicabilidade de partes de dispositivos de leis diversas.

4 LEI DE DROGAS: POSIÇÃO DO STF E STJ QUANTO À COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS NO TEMPO

Os Tribunais Superiores tem se manifestado contrariamente a combinação de leis penais no tempo alegando que seria inviável a aplicação da combinação de leis penais com fundamento no preceito secundário do art. 12 da Lei 6.368/1976, sob pena de se esboçar uma terceira lei, ou seja, o judiciário estaria legislando, ferindo o Princípio da Separação dos Poderes.

Veja-se:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS.DOSIMETRIA. (1) PENA-BASE. REFERÊNCIA A ELEMENTOS CONCRETOS.ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (2) CONTINUIDADE. DELITIVA. CONDIÇÕES DETEMPO: DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. MODO DE EXECUÇÃO: DIVERSIDADE ENTRE OS CRIMES. (3) MAJORANTE DA INTERNACIONALIDADE. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DO PATAMAR MÍNIMO DA LEI NOVA. COMBINAÇÃO DE LEIS PENAIS.IMPOSSIBILIDADE. 1. A fixação da pena-base deve ser lastreada em dados concretos, que se refiram a aspectos externos à descrição típica. Não há falar em carência de motivação no incremento da pena-base quando indicados elementos concretos. In casu, foram apontadas a qualidade (cocaína) e a quantidade da droga (cerca de três quilos em uma ocasião, e meio quilo em outra), além do acondicionamento ardiloso da droga em fundo falso da mala, em um dos fatos, e, a determinação à "mula" de ingestão de 71 cápsulas contendo o entorpecente, noutro. 2. Para o reconhecimento da

minorante do crime continuado é imprescindível a demonstração de semelhantes condições de tempo, espaço e modo de execução entre os diversos crimes. Na espécie, diante da não apresentação de cópia da denúncia, comprometeu-se sobremaneira o exame de similitude. Ademais, distinguem-se os fatos o sem razão do modo de execução, visto que, diferentemente do primeiro delito, no segundo, foi determinado ao transportador a ingestão da droga em cápsulas. 3. É inviável a aplicação do teor da minorante do art. 40, I, da Lei 11.343/06 sobre a pena estabelecida com fulcro no preceito secundária do art. 12 da Lei 6.368/76, sob pena de se engendrar uma terceira lei. A Sexta Turma, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no E Resp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, deliberou aplicar a Lei nº 11.343/2006, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga. Afirmou-se a possibilidade de aplicação da lei mais benéfica ao réu em sua integralidade, mas pela impossibilidade de combinação de leis. Hipótese em que o Tribunal de origem analisou as peculiaridades do caso e concluiu que a lei mais nova, aplicada em sua integralidade é mais gravosa ao réu. 4. Ordem denegada. (STJ - HC: 150719 SP 2009/0202383-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 22/11/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2011)

Mais recentemente o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº. 600817, também decidiu pela não aplicabilidade da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, combinada com penas previstas na Lei 6.368/1976, para os crimes ocorridos durante a vigência.

Nos termos da referida decisão, em que pese à retroação nesse caso fosse favorecer o réu, favorecimento esse garantido constitucionalmente, a Constituição não autoriza que partes de leis diferentes sejam aplicadas mesmo que em benefício do réu.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes. II – Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. III – O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade. IV - Recurso parcialmente provido. (STF - RE: 600817 MS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 07/11/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: acórdão eletrônico dje-213 divulg 29-10-2014 public 30-10-2014.)

O Relator do referido recurso, Ministro Ricardo Lewandowski, assim como na decisão inicialmente citada, prolatada pelo STJ, alegou que:

[...]a aplicação da minorante prevista em uma lei, combinada com a pena prevista em outra, criaria uma terceira norma, fazendo com que o julgador atue como legislador positivo, o que configuraria uma afronta ao princípio constitucional da separação dos Poderes.

Este é o atual posicionamento do STF, mas em decisão pretérita tinha decidido em sentido diverso, a exemplo do HC 95.435/RS, tendo como relator o Ministro Cezar Peluzo, que adotou a **teoria da ponderação diferenciada**² para fundamentar a decisão. Entretanto, o posicionamento atual continua sendo pela não aplicabilidade da chamada combinação de leis penais, tendo adotado a **teoria da ponderação unitária ou global** (MASSON, 2010, p.107), para preservar a separação dos Poderes e respeitar o princípio da reserva legal, tão caro ao direito penal, vedando a criação de lei pelo julgador para cada caso concreto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a possibilidade ou não do magistrado combinar dispositivos de leis diversas para assim aplicar ao caso concreto, de modo tendente a favorecer o réu. A discussão veio a vulto quando do surgimento da nova Lei de Drogas Lei nº 11.343/2006, e trouxe em seu art. 33, § 4º uma causa de diminuição de pena, inexistente na Lei anterior (Lei nº 6.368/1976). Assim, vários recursos foram analisados pelos Tribunais para aplicar a combinação das citadas leis, com decisões conflitantes, ora concedendo o direito, ora negando a pretensão.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XL, assegura que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. O princípio da retroatividade da lei penal também está descrito no artigo 2º, em seu parágrafo único do CPB. E é com base nesse princípio que se busca sempre aplicar a norma mais benéfica ao réu, seus

² “considerada a complexidade de cada uma das leis em conflito no tempo e a relativa autonomia de cada uma das disposições, é preciso proceder-se ao confronto de cada uma das disposições de cada lei, podendo, portanto, acabar por se aplicar ao caso *sub iudice* disposições de ambas as leis” (MASSON, 2010, p. 107)

adeptos defendem a aplicação em respeito ao princípio da equidade, cumprindo um mandamento constitucional que busca beneficiar o réu, superando o apego formal.

A edição da Súmula 501 do STJ busca dar maior segurança jurídica, ao adotar a Teoria da ponderação unitária ou global, evitando a demora no julgamento dos processos, possibilitando a redução dos recursos repetitivos, mas impedindo a concessão de um benefício ao réu, desprezando o texto constitucional e o princípio do *in dubio pro reo*, que impõe ao interprete uma interpretação mais favorável ao réu, sempre que for possível mais de uma.

Doravante, a lei somente poderá retroagir *in totum*, não podendo o magistrado recolher partes de dispositivos, usando de sua discricionariedade, mesmo que a inovação venha a beneficiar o réu. Todavia, verificamos que, não obstante a existência desta súmula, os argumentos favoráveis possuem embasamento jurídico, fundamento técnicos dignos de consideração e aptos a fundamentar mudanças jurisprudenciais.

Por certo que caberia ao legislador corrigir seu erro, estabelecer o sentido e o alcance da nova legislação, sendo esta sua função primordial, autêntica. Entretanto, verificamos uma omissão legislativa, um desleixo por parte do poder competente para construir um sistema jurídico penal coerente e apto a dar maior segurança para o cidadão.

Entretanto, para preservar outros princípios constitucionais, concluímos que agiu corretamente o STJ ao editar a súmula 501, estabelecendo que a combinação de leis penais não pode ser admitida e que a teoria da ponderação unitária ou global deve ser aplicada para preservar princípios também caros ao Estado de Direito Democrático (separação dos poderes e reserva legal), pois o juiz não é legislador e caso realize a combinação penal, mesmo que em favor do réu, estaria criando um novo dispositivo para aplicá-lo aquele caso, ao caso concreto, sendo um ato inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário: 600817MS , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 07/11/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342639/recurso-extraordinario-re-600817-ms-stf>. Acesso em 29 de abril de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça–Habeas Corpus: 150719 SP 2009/0202383-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 22/11/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21027770/habeas-corpus-hc-150719-sp-2009-0202383-8-stj#.l> Acesso em 20 de abril de 2015.

_____. **Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília: Senado Federal, 1940.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 1ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, Vol. 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **Direito Penal: parte geral**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume 1. 4ª Edição. São Paulo: Forense, 1958.

JESUS, Damásio. **Direito Penal : parte geral**. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte geral**. Método, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal : parte geral**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral**. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral**. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Vade Mecum Saraiva /obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti, - 17. Ed. Atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

COMBINATION OF CRIMINAL LAW IN TIME: AN ANALYSIS CASE FROM DRUG LAW

ABSTRACT

The combination of criminal laws in time an analysis from the drug law of the case is the subject of this article. The theme itself is of great importance because it allows to analyze the possibility of the magistrate combine two laws devices as well apply to the case, in order to favor the defendant. The current scenario is divergence in both the doctrinal field as case law, because with the enactment of Law No. 11.343 / 2006 (Drug Law), art. 33, paragraph 4 brought a cause of reduction of sentence that did not exist in the previous law (Law No. 6,368 / 1976) and this has created doubts about what the law should be applied. This question resulted in bringing different resources to the courts requiring the application of paragraph 4 of the new law to the crime of trafficking practiced in the period of their validity. Thus, they are studied the principle of non-activity and its application in the legal system, the possibility of combining criminal laws in time and the doctrinal and jurisprudential understanding.

Keywords: Combination of Penal Laws. Drug trafficking. Retroactivity of Criminal Law.