



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

LEONARDO CALHEIROS GOMES

**DA ULTRA-ATIVIDADE DAS LEIS PENAIS TEMPORÁRIAS E EXCEPCIONAIS
EM FACE DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS
BENIGNA**

**FORTALEZA
2013**

LEONARDO CALHEIROS GOMES

DA ULTRA-ATIVIDADE DAS LEIS PENAIS TEMPORÁRIAS E EXCEPCIONAIS EM
FACE DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA

Monografia apresentada ao Curso
de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial
para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito. Área de
Concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Msc. Sérgio
Bruno Araújo Rebouças

FORTALEZA
2013

LEONARDO CALHEIROS GOMES

DA ULTRA-ATIVIDADE DAS LEIS PENAIS TEMPORÁRIAS E EXCEPCIONAIS EM
FACE DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Penal.

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Sérgio Bruno Araújo Rebouças (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

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

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

A meus pais, Antero e Vivianne.

Em memória de minha avó Terezinha, que do
Céu me assiste.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo aquilo que sou.

Aos meus pais, Antero e Vivianne, em cuja companhia aprendi a ser ético, honesto e íntegro.

À minha irmã, Larissa, que estará ao meu lado para o resto da vida e a quem muito devo agradecer pelo apoio em todos os momentos.

À Ângela, pelos cuidados que desde cedo tomou para que eu fosse feliz.

À Maria Amélia, pelo sorriso diário, pelo carinho e por tudo que me ensina e me ensinará.

Ao meu orientador, professor Sérgio Bruno Araújo Rebouças, pelas valiosas sugestões prestadas para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos professores Regnoberto Marques de Melo Júnior e Raul Nepomuceno, pela gentileza com a qual se dispuseram a colaborar na avaliação deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho visa à compreensão do conceito das leis penais intermitentes – temporárias e excepcionais – e dos institutos relacionados à aplicação da lei penal no tempo. O problema central que se busca solucionar é a eventual contradição entre o artigo 3º do Código Penal Pátrio, que institui a ultra-atividade das leis penais transitórias, e o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica previsto na Constituição Federal de 1988, a determinar a possível inconstitucionalidade do referido dispositivo. O trabalho se desenvolve inicialmente pelo estudo do princípio da legalidade e seus desdobramentos no âmbito do Direito Penal. Em um segundo momento, estuda-se o tema da vigência da lei penal no tempo, analisando-se por conseguinte a questão da sucessão de leis penais e as hipóteses de conflito de leis no tempo; nesta esteira, será dedicada atenção especial aos princípios da irretroatividade geral da lei penal e da retroatividade da lei penal mais benigna. Em seguida, as leis penais temporárias e excepcionais são tratadas detalhadamente, com arrimo na doutrina de famosos penalistas brasileiros. Expõem-se os argumentos dos doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade do art. 3º do Código Penal e dos que, ao contrário, consideram este dispositivo válido em face da Constituição Federal. Ao final, apresenta-se conclusão definitiva sobre este problema. É oportuno o tratamento deste tema, uma vez que, após décadas de existência do Código Penal, foi editada pela primeira vez uma lei penal temporária, a Lei nº 12.663 de 5 de junho de 2012 – conhecida por Lei Geral da Copa –, de modo que ainda não se sabe como o Supremo Tribunal Federal apreciará eventual lide em que se coloque em dúvida a constitucionalidade do art. 3º do Código Penal.

Palavras-chave: Leis penais temporárias e excepcionais. Ultra-atividade das leis penais transitórias. Princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

RIASSUNTO

Questo lavoro si propone di comprendere il concetto di leggi penali intermittenti - temporanea ed eccezionale - e gli istituti relativi alla applicazione del diritto penale nel tempo. Il problema centrale è la ricerca per risolvere una contraddizione tra l'articolo 3 della Patria Codice Penale che stabilisce una ultrattività dei leggi penali intermittenti e il principio della retroattività della legge penale più favorevole nella Costituzione del 1988, per determinare la possibile incostituzionalità di questo dispositivo. Il lavoro è stato inizialmente sviluppato per lo studio del principio di legalità e delle sue conseguenze penali. In una seconda fase, si studia la questione della validità della legge penale nel tempo, quindi analizzando la questione della successione delle leggi penali e di ipotesi di conflitto di leggi nel tempo, e anche sarà dedicata una particolare attenzione ai principi della retroattività generale del diritto penale e della retroattività della legge penale più favorevole. Poi le leggi penali temporanee ed eccezionali sono curate nei particolari, conservando la dottrina dei famosi criminologi brasiliani. Esporsi gli argomenti di studiosi che difendono la legittimità costituzionale dell'art. 3 del Codice Penale e anche di studiosi che, al contrario, considerano questo dispositivo valido a fronte della Costituzione del 1988. Alla fine, presentiamo conclusione definitiva su questo tema. È opportuno affrontare questo argomento, dal momento che, dopo decenni di esistenza del Codice Penale, è stato pubblicata per la prima volta una legge penale temporanea, Legge 12.663 del 5 giugno 2012 - nota come Legge Generale della Coppa - così ancora non so come la Corte Suprema esaminerà qualsiasi accordo che è stato messo in dubbio la costituzionalità dell'art. 3 del Codice Penale.

Parole chiave: Leggi penali temporanee ed eccezionali. Ultrattività delle leggi penali intermittenti. Principio della retroattività della legge penale più favorevole.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL	10
2.1. Conceito	10
2.2. Princípio da Legalidade e Subprincípios	11
2.2.1 <i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Praevia</i>	11
2.2.2 <i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta</i>	13
2.2.3 <i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Stricta</i>	14
2.2.4 <i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa</i>	17
3 DA VIGÊNCIA DA LEI PENAL NO TEMPO E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL INTERTEMPORAL	18
3.1 Conflito de Leis Penais no Tempo	20
3.1.1 <i>Tempo do Crime</i>	20
3.1.1.1 <i>Tempo do Crime nos Delitos Permanentes e Continuados</i>	22
3.1.2 “<i>Novatio Legis in Pejus</i>” e “<i>Novatio Legis</i>” <i>Incriminadora</i>	24
3.1.2.1 <i>Princípio da Irretroatividade da “Lex Gravior”</i>	26
3.1.3 “<i>Abolitio Criminis</i>”	29
3.1.4 “<i>Novatio Legis in Mellius</i>”	31
3.1.4.1 <i>Os Princípios da Ultra-atividade e da Retroatividade da “Lex Mitior”</i>	32
4 DAS LEIS PENAS INTERMITENTES	35
4.1 Das Leis Penais Temporárias e Excepcionais	35
4.1.1 <i>Da Ultra-atividade das Leis Intermitentes</i>	35
4.1.2 <i>Da Validade do Art. 3º do Código Penal em face da Constituição Federal de 1988</i>	37
5 CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

O objetivo central deste trabalho é apresentar, com base na doutrina nacional, os diversos caminhos possíveis para solucionar o problema teórico da ultra-atividade das leis penais intermitentes em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Procurou-se, portanto, estabelecer as premissas necessárias ao entendimento do que sejam essas leis e à compreensão dos institutos pertinentes à aplicação da lei penal no tempo, com especial atenção para o princípio da retroatividade da *lex mitior*.

No primeiro capítulo, serão estudados o princípio da legalidade e seus desdobramentos. Esse princípio, sem contar sua importância como garantia individual em face de abusos estatais, apresenta facetas cujas implicações, na órbita do Direito Penal, iluminarão todo o desenvolvimento do tema dos capítulos posteriores.

O segundo capítulo tratará da vigência da lei penal no tempo. Neste contexto, explicar-se-á o conceito de sucessão de leis no tempo, e, por conseguinte, serão analisadas as principais hipóteses do conflito de leis penais daí decorrentes, a exemplo da *abolitio criminis*, da *novatio legis in pejus* etc. Como não poderia deixar de ser, aos princípios de direito penal intertemporal – tais como o da irretroatividade geral da lei penal e o da extra-atividade da *lex mitior* – será reservado exame detalhado.

As leis penais temporárias e excepcionais, previstas no art. 3º do Código Penal Pátrio, serão o objeto central do último capítulo. O legislador criou este tipo de leis por prever que, em determinadas situações anormais – *exempli gratia*, tempos de guerra, de revolução, de calamidade pública etc. –, fosse necessário que o Direito Penal transitoriamente cuidasse de incriminar condutas ou de agravar a pena de certos crimes, de modo que, mesmo após a revogação – auto-revogação seria o termo técnico - dessas leis, elas continuassem sendo aplicadas aos fatos ocorridos durante a sua vigência, ou seja, seriam ultra-ativas.

Far-se-á, portanto, uma acurada análise das leis penais intermitentes, perquirindo-se desde as intenções do legislador ao criá-las, passando pela descrição de suas características principais, até a demonstração de exemplos que facilitem sua visualização.

O aspecto da ultra-atividade das leis penais transitórias também será bastante discutido, porquanto existe uma dissensão doutrinária imensa na qual alguns renomados autores atribuem à natureza ultra-ativa das leis intermitentes a invalidade do art. 3º do Código Penal em face do nosso ordenamento jurídico, enquanto outros importantes penalistas defendem o referido dispositivo das investidas daqueles que lhe imputam inconstitucionalidade.

Para os que militam em favor da primeira tese, o art. 3º do Código Penal não foi recepcionado pela CRFB. A principal justificativa dos que assim entendem geralmente está em que a Carta Constitucional, no seu art. 5º, XL, expressamente estatuiu o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu; a ultra-atividade das leis transitórias, portanto, colidiria irremediavelmente com esta disposição.

Sustentando a constitucionalidade do art. 3º do Código Penal, os penalistas que não fazem objeção à ultra-atividade das leis penais temporárias geralmente alegam que, em relação aos crimes previstos nessas leis, o “fator temporal” integra o próprio tipo penal, de modo que não se haveria de falar em retroatividade de lei mais benigna em face de lei transitória revogada, cujos crimes não mais corresponderiam aos da lei posterior, uma vez que falte aos delitos inscritos nesta última a inclusão do elemento temporal no tipo penal. Este e outros argumentos serão devidamente explorados no último capítulo deste trabalho.

Por derradeiro, apresentar-se-á conclusão acerca da constitucionalidade do art. 3º do Código Penal em face do princípio da retroatividade da *lex mitior*.

Antes do término deste intróito, cabe ressaltar que o presente trabalho tratará de um problema eminentemente teórico-doutrinário. Assim o é porque, em nosso ordenamento jurídico, por muitos anos não se teve notícias da edição de qualquer lei penal temporária ou excepcional. Não há jurisprudência, portanto, examinando a duvidosa constitucionalidade do art. 3º do Código Penal, cuja validade já vinha sendo – e continua a sê-lo – objeto de embate entre famosos penalistas nacionais.

Ocorre que, pela primeira vez em décadas de existência do Código Penal, foi publicada no Brasil uma lei penal temporária, a Lei nº 12.663 de 5 de junho de 2012 – conhecida por Lei Geral da Copa –, cujo art. 36 dispõe, *verbis*: “Os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014”. Aguarda-se, portanto, pronunciamento dos Tribunais Superiores deste País em resposta aos casos de prática dos crimes previstos nesta lei: como ficará a situação do réu ou do condenado após o decurso do prazo de sua vigência?

2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

Não se pode compreender o mecanismo de aplicação da lei penal sem que antes se recorra ao princípio da legalidade, também conhecido como princípio da reserva legal, postulado que se firma ao lado das garantias constitucionais de proteção aos direitos e liberdades individuais. O estudo desse princípio, portanto, é imprescindível à correta análise do funcionamento do Direito Penal no contexto de nosso atual Estado de Direito.

2.1 Conceito

Em sentido amplo, a ideia de legalidade está suficientemente demonstrada no texto da Carta Constitucional de 1988, no seu art. 5º, II, *verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aplicado ao Direito Penal, o princípio da legalidade ou da reserva legal permite-nos dizer que, via de regra, ao legislador é vedada a criação de leis penais que incidam sobre fatos anteriores à sua vigência, tipificando-os como crimes ou aplicando pena aos agentes. Nesta acepção jurídico-penal, a Constituição atual consagrou o princípio à alçada dos “direitos e garantias fundamentais”, instituindo-o no seu art. 5º, XXXIX, *verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Sobre a função da reserva legal enquanto garantidora de liberdades individuais, Assis Toledo assevera:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por *lei* o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.¹

A legalidade é princípio, portanto, de extrema relevância para assegurar aos indivíduos proteção ante o poder do Estado, ente dotado de atribuições e funções que lhe conferem força coercitiva na estrita medida em que esta é utilizada para alcançar o bem da coletividade ou do povo².

Na realidade, o princípio da legalidade não é instituto recente; aponta-se como sua origem a Carta Magna Libertatum do Rei João, em 1215, conforme indica Magalhães

¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

² Art. 1º, parágrafo único, da CRFB, *verbis*: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de

² Art. 1º, parágrafo único, da CRFB, *verbis*: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Noronha³. Apenas no século XVIII, entretanto, esse princípio iria ser consagrado em fórmula definitiva e difundir-se pelas nações.

Esse princípio, tradicionalmente expresso na regra *nullum crimen, nulla poena sine lege* e geralmente consagrado nos dispositivos de abertura dos Códigos penais modernos, tem raízes na *Magna Carta*, da Inglaterra (1215), e nas *Petitions of rights*, norte-americanas, mas foi formulado em termos precisos na *Declaração dos Direitos do Homem*, da Revolução Francesa: 'Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada'(art. 8º).⁴

É de se atentar, portanto, para a evolução do princípio da legalidade no decorrer da História, cristalizando-se como postulado essencial do Estado de Direito no período de auge do Estado Liberal e do predomínio das teses individualistas. O brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine lege* enuncia em perfeita síntese o princípio da legalidade, impedindo que tipos e sanções penais criados de forma inesperada incidam retroativamente sobre condutas havidas lícitas no momento em que se realizaram.

2.2 Princípio da Legalidade e Subprincípios

No contexto da aplicação da lei penal, o princípio da legalidade pode desdobrar-se em quatro outros princípios, conforme lição de Francisco de Assis Toledo⁵. São eles:

- a) o *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*;
- b) o *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*;
- c) o *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*;
- d) o *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

Esses princípios estão condensados de forma implícita no supracitado art. 5º, XXXIX, da CRFB, porém é necessário compreender separadamente o conteúdo de cada um deles para então formular-se um conceito claro de legalidade.

2.2.1 *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Praevia*

O *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* obriga que haja lei prévia no ordenamento jurídico para que seja imputado crime a determinado indivíduo e por conseguinte se lhe aplique a pena correspondente.

³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal v.1. Introdução e Parte Geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 67.

⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 206/207.

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 22.

Aníbal Bruno aduz que o princípio da legalidade exerce várias funções de garantia, dentre elas a de que “[...] não há crime nem pena sem lei anterior, e então o princípio se opõe à retroatividade da norma penal incriminadora, trazendo a necessária precisão e segurança ao Direito [...]”⁶.

Desta feita, a exigência da anterioridade da lei penal impede que sejam violadas as liberdades individuais do cidadão comum, mormente ao se considerar que disposições que tipificam crimes e criam penas não devem prescindir do caráter intimidativo e pedagógico próprio da lei penal; injusto seria, portanto, que leis penais regulassem fatos anteriores à sua vigência, salvo quando beneficiassem o réu ou o condenado – como adiante será estudado.

Zafaronni doutrina que “[...] como consequência necessária do princípio da legalidade, ficam eliminadas as chamadas leis *ex post facto*”⁷, corroborando com o que fora dito a respeito desse princípio, cujo cerne do conteúdo reside precisamente na sua função de garantia das liberdades do cidadão frente ao poder do Estado.

Tendo em vista que a lei em sentido amplo comporta tanto a lei material, quanto a lei formal, é importante afirmar ser a lei formal, ou seja, a lei “*stricto sensu*”, a única capaz de vincular as pessoas em matéria penal. Em nosso ordenamento, essa lei em sentido estrito é aquela discutida e votada pelos órgãos do Poder Legislativo conforme os trâmites previstos nos arts. 61 e ss., e aprovada de acordo com o art. 47, ambos da Constituição Federal de 1988. Sobre o assunto, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

O também denominado princípio da reserva legal tem, entre vários significados, o da reserva absoluta da *lei* (emanada do Poder Legislativo, através de procedimento estabelecido em nível constitucional) para a definição de crimes e cominação das sanções penais, o que afasta [...] regras jurídicas que não são lei em sentido estrito, embora tenham o mesmo efeito, como ocorre, por exemplo, com a medida provisória, instrumento totalmente inadequado para tal finalidade.⁸ (grifo do autor)

Por isto mesmo é vedado que o Poder Executivo, por meio de medida provisória, trate de questões relativas ao Direito Penal, tipificando e punindo condutas, pois, do contrário, estar-se-ia invadindo órbita de competência do Poder Legislativo e incorrendo em violação ao princípio da separação dos poderes. A partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 32 encerrou-se esta discussão, pois a Constituição Federal de 1988, em seu art. 62, §1º, inciso I,

⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 208.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 218.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal v.1. Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 55/56.

alínea “b”⁹, dispôs textualmente que é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa ao Direito Penal.

Ainda a respeito do subprincípio acima, é importante saber qual o termo inicial da aplicação – ou da eficácia – da lei penal, ou seja, a partir de que momento essa lei terá de ser obrigatoriamente observada, sob pena de serem aplicadas as sanções nela cominadas. Já se consagrou o entendimento de que os dispositivos constantes da lei penal terão eficácia vinculante a partir da sua entrada em vigor no ordenamento jurídico¹⁰.

Sobre este assunto, Celso Delmanto ensina que “nesse espaço de tempo entre a publicação e a entrada em vigor da lei, ela não é efetiva, não tem obrigatoriedade. [...] Porém, se se tratar de *lex mitior* ou *abolitio criminis*, deve a lei ser aplicada desde logo [...]”¹¹ (grifos do autor). É dizer: uma lei penal, ainda que haja sido promulgada e publicada, não poderá fundamentar aplicação ou agravamento de pena a propósito de fatos que lhe foram anteriores ao início da vigência, salvo se beneficiar o réu.

2.2.2 Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta

O segundo subprincípio decorrente da legalidade – o *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* – veda a utilização do direito consuetudinário para criar crimes e penas. Esta proibição não impede que costumes sejam considerados no momento da interpretação dos termos dos dispositivos penais. Neste sentido, Assis Toledo leciona que não se deve cometer o “[...] equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para a elucidação do conteúdo dos tipos [...]”¹².

O costume, portanto, pode ser utilizado pelo aplicador da norma penal como instrumento de compreensão e de interpretação dos textos legais. Em assim procedendo, o magistrado não violaria o princípio da reserva legal, pois o direito costumeiro apenas lhe estaria servindo de norte interpretativo à aplicação da lei penal, sem criar delitos ou penas. O mestre Assis Toledo vai mais além ao doutrinar:

[...] o direito costumeiro [...], quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do

⁹ Art. 62, §1º, inciso I, alínea “b”, da CRFB, *verbis*: “[...] §1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: [...] b) direito penal, processual penal e processual civil.”

¹⁰ Neste sentido, posicionam-se: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 34; e HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 136.

¹¹ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 7.

¹² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25.

direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do ato.¹³ (parêntesis do autor)

A este respeito, Nelson Hungria, apesar de não afirmar que o costume seja fonte do direito penal, ensina:

Cumpra, porém, distinguir entre costume *contra, extra* ou *ultra legem* e costume *integrativo, subsidiário* ou *elucidativo* da norma penal (costume *intra legem*). Nesse último caso, o costume intervém *ex vi legis*, sem afetar, portanto, o dogma de que a única fonte do direito penal é a lei.¹⁴ (*grifos do autor*)

É inconteste, pois, a relevância dos costumes jurídicos para o estudioso do Direito Penal, que não os deve preterir sob o argumento de que o princípio da legalidade obsta a que se considere qualquer aspecto do direito consuetudinário na aplicação da norma penal; este, pelo contrário, é instrumento eficaz para um justo proceder dos intérpretes do Direito.

2.2.3 *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Stricta*

Antes de se discorrer sobre este outro corolário do princípio da reserva legal, torna-se mister definir o conceito de analogia e em seguida proceder à distinção entre analogia *in malam partem* e analogia *in bonam partem*.

Nos dizeres de Nelson Hungria, a analogia é “criação ou formação de direito novo, isto é, aplicação extensiva da lei a casos de que esta não cogita. Com ela, o juiz faz-se legislador, para suprir as lacunas da lei”¹⁵. A analogia, pois, é um processo de integração do ordenamento jurídico na medida em que, onde há lacunas na lei, o aplicador do direito seleciona normas originalmente incidentes sobre fatos particulares, aplicando-as a situações análogas que no entanto não foram previstas em quaisquer dispositivos legais.

Nesta esteira, a analogia subdivide-se em analogia *legis* e em analogia *iuris*. A primeira ocorrerá sempre que o intérprete, observando que determinado caso concreto não foi regulado em lei, aplica a este fato um dispositivo legal incidente sobre situação semelhante. A segunda pode acontecer quando o juiz se vale dos princípios gerais de direito e/ou da

¹³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25.

¹⁴ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 102.

¹⁵ *Ibid.*, p. 95.

coerência do ordenamento jurídico como um todo para aplicar o direito a determinado fato não previsto em lei.¹⁶

No que toca à primeira distinção dantes anunciada, pode-se dizer que, no âmbito do Direito Penal, a analogia *in malam partem* é aquela que, arrimada em dispositivos legais aplicáveis a situações símiles, fundamenta a aplicação ou o agravamento da pena a determinado caso não regulamentado em lei. A analogia *in bonam partem*, por sua vez, atina com a atenuação de penas ou até mesmo com a descriminalização de condutas, pelo motivo de que dispositivos legais assim procederiam a propósito de fatos semelhantes. Esta última é permitida no ordenamento jurídico brasileiro¹⁷, desde que não agrave de forma alguma a situação do agente do crime.

A possibilidade de utilização da analogia *in bonam partem*, contudo, não se fundamenta somente em razões humanísticas ou puramente políticas, senão nos “princípios jurídicos, que não podem ser excluídos do Direito Penal e mediante os quais situações anômalas podem escapar a um excessivo e injusto rigor”¹⁸.

Nelson Hungria discorda da utilização da analogia *in bonam partem*, entendendo que os preceitos relativos à exclusão de crime ou de culpabilidade, à isenção ou atenuação de pena e à extinção de punibilidade são de natureza excepcional – ou seja, constituem exceção, mas não a regra –, e, “*ipso facto*”, não são passíveis de incidir em casos que não estejam taxativamente previstos em lei. A analogia em benefício do réu, portanto, é condenada por esse eminente autor¹⁹.

Em sentido contrário, Aníbal Bruno²⁰ entende que tais preceitos não constituem exceções às normas penais incriminadoras, senão regras informadas por princípios gerais que norteiam o próprio funcionamento do Direito Penal. A analogia *in bonam partem*, pois, deve sim ser utilizada – com cautela – nos casos em que o condenado ou o réu se beneficie da sua aplicação. Estamos com esta última posição, que representa o pensamento da maior parte da doutrina nacional.

¹⁶ Assim entendem: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 95; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal v.1. Introdução e Parte Geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 73; e BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 223.

¹⁷ Neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 200; e NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal v.1. Introdução e Parte Geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 74.

¹⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 225.

¹⁹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 100.

²⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 225.

Pois bem, o axioma *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* proíbe tão somente a analogia *in malam partem*, ou seja, a incidência de lei penal sobre situações por ela não reguladas, seja fundamentando a aplicação ou o agravamento de penas, seja proporcionando qualquer outro tipo de agravo à situação do condenado ou do acusado. A analogia *in malam partem* é categoricamente repugnada pelo Direito Penal do Estado de Direito moderno.

É importante, contudo, não confundir a analogia com a interpretação extensiva, pois, a despeito de esta última comportar certas restrições, não lhe é de todo vedada a aplicação nos casos em que o próprio conteúdo do dispositivo legal permita se lhe amplie o raio de incidência para além do que poderia significar estritamente seus termos. Magalhães Noronha professa:

Distingue-se a analogia da interpretação extensiva, porque, quando ela ocorre, o caso em apreço não está regulado nem implicitamente, o que não acontece com a segunda. Aqui o intérprete se torna senhor da vontade da lei, conhece-a e apura-a, dando, então, um sentido mais amplo aos vocábulos usados pelo legislador, para que correspondam a essa vontade; na analogia, o que se entende, e amplia, é a própria vontade legal, com o fito de se aplicar a um caso concreto uma norma que se ocupa de caso semelhante. Pode-se resumir a distinção, dizendo-se que: numa falta a expressão lexicológica adequada, conquanto patente a vontade; na outra falta também esta.²¹

A interpretação extensiva, portanto, por ser apenas método hermenêutico mediante o qual o intérprete do Direito aplica determinada norma ao caso concreto, é permitida pelo ordenamento jurídico; o mesmo não se pode dizer, contudo, da analogia, que – sendo ela “um *processus* integrativo, e não interpretativo da lei”²² – via de regra é vedada no âmbito do Direito Penal por violar o princípio da legalidade, salvo se beneficiar o infrator.

Não se pode, entretanto, exagerar na utilização da interpretação extensiva de leis penais, sob a escusa de que tais leis comportam fatos que apenas de maneira arriscada e irresponsável possam ser extraídos do conteúdo da norma. Se o intérprete assim procedesse, sem tomar as precauções devidas, incorrer-se-ia por vias transversas em analogia, que regra geral deve ser utilizada nos estritos casos em que dela possam conferir-se benefícios ao acusado ou ao condenado.

Em defesa da interpretação extensiva – nos casos em que é necessária a uma boa compreensão da norma – , contra os que a acusam de violação ao princípio da legalidade,

²¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal v.1. Introdução e Parte Geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 73.

²² HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 95.

Assis Toledo oferece balizas que podem servir de critério ao aplicador do direito no momento da interpretação das leis:

Esse problema agrava-se quando, no tipo, encontramos elementos normativos. Dependendo eles de um juízo valorativo, ensejam a interpretação restritiva ou ampliativa. É óbvio que o princípio do *in dubio pro reo*, bem como o da prevalência dos elementos descritivos sobre os normativos, [...] constituem pontos de referência seguros para a decisão final sobre a ampliação ou restrição do preceito que se quer interpretar.²³

Em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*, portanto, a interpretação extensiva do conteúdo normativo da lei penal nem sempre prevalecerá em caso de dúvida razoável sobre a significação dos termos do dispositivo, privilegiando-se em tal hipótese a interpretação restritiva da norma em apreço.

Para finalizar, é importante dizer-se que o princípio da taxatividade muito se parece com o *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*. Hodiernamente, o princípio da taxatividade é aquele voltado ao aplicador da lei, o qual deverá interpretar o conteúdo das normas de forma que não o amplie para além do sentido das palavras nelas contidas.

2.2.4 Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa

Esse último subprincípio corresponde a uma necessidade de que a lei penal seja suficientemente clara em seus termos para que não se promovam injustiças por meio de interpretações subjetivas e exageradamente alargadas por parte dos aplicadores do direito; caso contrário, a própria lei penal, que se caracteriza por sua função intimidadora e pedagógica, não mais motivaria o comportamento dos indivíduos, os quais, perplexos diante da desorientação a respeito da interpretação das normas penais, pautariam suas condutas por instâncias desconhecidas e perigosas que não a lei. Assis Toledo perfilha esta linha argumentativa quando afirma que “[...] para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas [...]”²⁴.

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 28.

²⁴ *Ibid.*, p. 29.

3 DA VIGÊNCIA DA LEI PENAL NO TEMPO E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL INTERTEMPORAL

O Código Penal brasileiro e a Carta Constitucional de 1988 consagraram princípios de direito penal intertemporal de extrema importância à proteção dos direitos fundamentais. Muitos deles decorrem do princípio da legalidade, de cuja compreensão depende todo o estudo da aplicação da lei penal no tempo.

A regra geral que norteia a eficácia da norma penal no tempo condensa-se no brocardo latino *tempus regit actum*, segundo o qual a lei incidirá apenas sobre fatos ocorridos durante a sua vigência. Cezar Roberto Bitencourt expõe a definição desse adágio:

Assim como nenhuma forma de manifestação de vida consegue evitar a ação corrosiva e implacável do tempo, a lei penal também nasce, vive e morre. E, desde que uma lei entra em vigor, ela rege todos os atos abrangidos por sua destinação, até que cesse a sua vigência.²⁵

Deste modo, a máxima acima não é senão o princípio da legalidade em sua implicação encerrada na parêmia *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*: a lei penal não retroagirá para atingir condutas anteriores ao momento do início de sua vigência, salvo a exceção da lei penal mais benigna que mais adiante será estudada.

O mestre supracitado leciona ainda que a regra expressa no *tempus regit actum* “[...] é uma garantia do cidadão: além da segurança jurídica, garante-se-lhe que não será surpreendido por leis *ad hoc*, criminalizando condutas, inclusive *a posteriori*, que até então não eram tipificadas como crime”²⁶ (grifos do autor). Sob este aspecto, a função de garantia inserta no *tempus regit actum* também constitui-se uma das facetas do princípio da legalidade, cujo objetivo é exatamente proteger os indivíduos de ações inesperadas e prejudiciais por parte do Estado sem que lei anterior lhe permita.

A aplicação dessa regra, no entanto, sofre alguns desvios nas hipóteses de aplicação da lei penal no tempo que exijam tratamento específico, em conformidade com as peculiaridades do Direito Penal. Essas hipóteses surgem quando há sucessão de leis penais no tempo – uma lei posterior revogando, total ou parcialmente, a outra –, a demandar do aplicador do direito a escolha dentre essas leis da que deve incidir no caso concreto. Ao referirmo-nos à lei posterior, é importante ressaltar – conforme ensinamento de Heleno

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205.

²⁶ *Ibid.*, p. 205.

Cláudio Fragoso – que esta “[...] é a que entra em vigor posteriormente. Para saber se uma lei é posterior à outra não importa a data de sua promulgação ou publicação, mas a data de sua efetiva vigência”²⁷.

Doutrinando acerca da sucessão de leis penais no tempo, esse mestre assevera:

Por outro lado, estamos cogitando aqui de *lei penal* em sentido próprio, ou seja, daquelas normas que estabelecem o pressuposto da pena. *Lei penal* é aqui o estado jurídico total de que a pena depende. A expressão lei penal compreende, portanto, não apenas os tipos de delito descritos nas normas incriminadoras, como também as normas contidas na parte geral, pertencentes ao direito penal material (tentativa, participação, culpabilidade, exclusão de culpa e antijuridicidade etc.). Excluem-se [...] as normas de caráter processual existentes no CP.²⁸

A lei penal, portanto, em se tratando de sucessão de leis penais no tempo, encerrará todas as normas penais de direito material, estejam elas na Parte Geral ou na Especial de nosso Código Penal, sejam normas incriminadoras, sejam normas reguladoras da imputabilidade, das causas de justificação, da dosimetria da pena ou de outros institutos do Direito Penal.

Pois bem, haverá situações em que um fato considerado crime sob a vigência de determinada lei seja julgado no momento em que vigora uma nova lei que atinge o mesmo fato. Quando isso acontece, deverão ser utilizados os princípios de direito penal intertemporal para resolver o conflito de leis penais no tempo. Sempre que uma lei incidente sobre determinado fato for revogada, total ou parcialmente, por lei posterior, estará configurado o sobredito conflito; surgirá, pois, a controvérsia a respeito de qual norma será aplicada ao caso concreto.

As situações descritas acima são bastante comuns no Direito Penal, de vez que os processos criminais em geral se prolongam no tempo, como também a execução da pena – a significar, neste último caso, que a sentença penal condenatória provoca ao réu efeitos que geralmente não se exaurem imediatamente. No intervalo entre a data da prática do fato e a do término dos efeitos penais da sentença, mais de uma lei penal pode vigorar no ordenamento jurídico; e, por isto mesmo, mister se faz delimitar as hipóteses de conflito de leis penais no tempo, imputando-se-lhes soluções com base nos princípios da irretroatividade da lei penal mais severa e da retroatividade da lei penal mais benigna.

Sobre o “conflito” de leis penais no tempo, Aníbal Bruno oferece explicação satisfatória:

²⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 120.

²⁸ *Ibid.*, p. 120.

Mas os processos criminais e o período de execução das penas geralmente se prolongam e vêm muitas vezes cair debaixo de duas ou mais leis sucessivas. Pode acontecer que a lei do tempo em que se praticou o fato punível não seja a mesma de quando o mesmo venha a ser julgado ou de quando comece ou prossiga a execução da pena. Surge, então, um conflito de leis e a necessidade de regras para resolvê-lo.²⁹

Esse conflito de leis penais deve ser resolvido mediante a correta manipulação dos princípios que regem a aplicação da lei penal no tempo: o da irretroatividade da *lex gravior* e o da extra-atividade da *lex mitior*. Neste contexto, é possível que venham a existir fatos sobre os quais incidirão leis penais cuja vigência já tenha cessado no tempo, a demonstrar que a regra geral do *tempus regit actum* nem sempre prevalecerá.

3.1 Conflito de Leis Penais no Tempo

Basicamente, quatro são as hipóteses em que se dará o conflito³⁰:

- a) *novatio legis in pejus*
- b) *novatio legis incriminadora*
- c) *abolitio criminis*
- d) *novatio legis in melius*

É importante, contudo, antes do aprofundamento em cada uma das hipóteses de conflito acima, saber qual o exato momento em que se pode afirmar ter ocorrido o crime, para a partir de então indicar a lei penal que inicialmente incidirá sobre ele.

3.1.1 Tempo do Crime

A sucessão de leis no tempo e o confronto de leis que disputam a incidência sobre o mesmo fato pressupõem que o marco inicial da ocorrência do crime já esteja estabelecido. Existem três teorias que concorrem para determinar o tempo do crime: a teoria da atividade, a teoria do resultado e a teoria mista ou da ubiquidade.

A teoria da atividade atina com o momento da ação ou omissão do agente para estabelecer o tempo da ocorrência do delito. Segundo essa teoria, os crimes cujo resultado se

²⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 261.

³⁰ Divisão adotada por: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 120; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 209/210; e MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal v.1. Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 59.

realiza posteriormente ao ato volitivo – ação ou omissão – do delinquente consideram-se praticados no momento mesmo da conduta criminosa, independente da data da ocorrência do resultado. A teoria do resultado, por sua vez, alberga doutrina exatamente oposta à teoria anterior, pois determina o tempo do crime no exato momento em que se deu o resultado. A teoria mista ou da ubiquidade resulta da aplicação concorrente das teorias anteriores, uma vez que toma como tempo do crime o momento da ação ou da omissão, assim como o da ocorrência do resultado.

O Código Penal brasileiro adota a teoria da atividade em seu art. 4º, *caput*, a saber: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

Magalhães Noronha, tratando da teoria da atividade, ensina que “[...] é esta que mais intimamente está ligada à vontade do agente; é, por excelência, nesse momento que, conscientemente, ele incorre no juízo de reprovação social”³¹. É no momento da ação criminosa, portanto, que o agente infringe o comando da norma penal, sofrendo todas as consequências daí advindas.

Neste sentido, Heleno Cláudio Fragoso doutrina:

No momento em que o agente pratica a ação é que transgride o preceito contido na norma e só então pode a lei penal exercer a sua função intimidativa. Se se admitisse a teoria segundo a qual o tempo do crime é o do evento, teríamos a incongruência de ter a ação sido praticada quando era considerada lícita (supondo a intercorrência de lei incriminando o fato).³²

Por corroborar a lição acima, vale a pena transcrever texto que Nelson Hungria escreveu sobre o assunto:

Não é aceitável o critério que faz coincidir o tempo do crime com o de seu resultado, notadamente quando a lei intercorrente (sobrevinda no período entre a ação e o resultado) incrimina *ex novo* o fato (entendido este como soma de ação e resultado específico). Se uma ação é lícita ao tempo em que foi empreendida, necessariamente lícito é o resultado, ainda que este venha a ocorrer na vigência da incriminadora *lex nova*.³³ (grifos do autor)

Como se vê, restaria inadmissível que uma conduta lícita no momento de sua prática sofresse os efeitos de uma norma penal que a sancionasse apenas quando do advento

³¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal v.1. Introdução e Parte Geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 80.

³² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 129.

³³ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 134.

de seu resultado. É no momento da ação, pois, que o indivíduo “[...] põe a condição necessária à produção do resultado típico, manifestando, assim, a sua vontade contrária ao dever, que levantará contra ele a reação da ordem jurídica [...]”³⁴. Pelos motivos acima expendidos, nosso ordenamento jurídico rechaçou a teoria do resultado para determinar o tempo do crime.

3.1.1.1 Tempo do Crime nos Delitos Permanentes e Continuados

No delito permanente, cuja execução criminosa se prolonga no tempo, considera-se praticado o fato delituoso – para fins de aplicação da lei penal no tempo – no momento do término do último ato de execução. Isto é confirmado por Nelson Hungria:

O crime permanente (em que a atividade antijurídica, positiva ou negativa, se protraí no tempo) incide sob a lei nova, ainda que mais severa, desde que prossiga na vigência dela a conduta necessária à permanência do resultado. É que a cada momento de tal permanência está presente e militando, por ação ou omissão, a vontade do agente (ao contrário do que ocorre nos crimes instantâneos com efeitos permanentes), nada importando assim que o “estado de permanência” se haja iniciado no regime da lei antiga, ou que esta incrimasse, ou não, o fato.³⁵ (grifos do autor)

O crime permanente, portanto, constitui-se crime único, haja vista existir apenas uma ação ou omissão. Acontece que esta conduta se prolongará durante intervalo considerável de tempo a tal ponto que, neste íterim, possam vigorar mais de uma lei incidente sobre o mesmo fato. Neste último caso, não se há de falar em violação do princípio da irretroatividade da lei penal mais severa. A este respeito, Cezar Roberto Bitencourt assevera:

Mas o que acabamos de dizer nada tem que ver com o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais grave (art. 5º, XL, da CF), pois se trata, em verdade, da incidência imediata da lei nova a fato que está acontecendo no momento de sua entrada em vigor. Assim, não é a lei nova que retroage, mas o caráter permanente do fato delituoso, que se protraí no tempo, e acaba recebendo a incidência legal em parte de sua execução e a expande para toda sua fase executória [...].³⁶

Não haverá máculam, pois, ao princípio da irretroatividade da *lex gravior* quando lei mais severa entre em vigor durante a permanência desses delitos, ainda que a incidência desta se expanda por todo o período de execução do crime – inclusive pelo intervalo de tempo

³⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 273.

³⁵ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 136.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 220.

anterior ao início da vigência da lei mais grave; pois, conforme leciona o mestre acima, “não se poderá pretender que apenas um *fragmento da conduta* (realizado sob o império da nova lei) seja punido pela lei atual, deixando o restante para a lei anterior, na medida em que o crime realmente é único e não havia se consumado”.³⁷ (grifos do autor)

O crime continuado, por sua vez, pode ser definido como “[...] pluralidade de crimes da mesma espécie, sem intercorrente punição, que a lei unifica em razão de sua homogeneidade objetiva [...]”³⁸, conforme ensina Nelson Hungria; é o delito que ocorre, portanto, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes em determinadas condições semelhantes.

Parte considerável dos doutrinadores nacionais³⁹ entendia que, sobrevindo lei nova mais severa incidindo sobre os atos sucessivos que já eram incriminados pela lei anterior, neste caso, ao crime continuado seria conferida unidade suficiente para que a *lei gravior* atingisse toda a série dos atos criminosos, inclusive os anteriores ao início da sua vigência.

Por outro lado, se os atos sucessivos iniciais tivessem sido lícitos até o momento da entrada em vigor da lei nova incriminadora, esta incidiria apenas sobre os atos ocorridos a partir da data da entrada de sua vigência, de modo que o crime continuado, neste caso, não compreenderia os atos anteriores lícitos. Nesta esteira, Nelson Hungria ensina:

Se, entretanto, a incriminação sobreveio com a lei nova, segundo esta responderá o agente, a título de crime continuado, somente se os atos posteriores (subsequentes à entrada em vigor da lei nova) apresentarem a homogeneidade característica da “continuação”, ficando inteiramente abstraídos os atos anteriores.⁴⁰

A justificativa do entendimento acima é bastante razoável, porquanto o agente do crime não se sentiria ameaçado pela força intimidativa da lei no momento de praticar as condutas lícitas que fossem anteriores à série de atos que posteriormente configurariam o crime continuado propriamente dito.

Hoje, no entanto, não se há de falar nessa diferença de tratamento quanto ao crime continuado, de modo que este sempre será ficcionalmente considerado crime único. Toda a série de atos, portanto, estará sujeita às penas da lei, seja esta incriminadora de fato

³⁷ *Ibid.*, p. 220.

³⁸ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 136.

³⁹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 136; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 32; NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal v.1. Introdução e Parte Geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 81; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 91/92; e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 127.

⁴⁰ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 136.

anteriormente lícito, seja apenas lei mais severa. Foi neste sentido que, em 24 de novembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal, ratificando o entendimento assumido por esta Corte, aprovou, em sessão plenária, a Súmula de nº 711, *verbis*: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

Cezar Roberto Bitencourt defende a inconstitucionalidade dessa súmula no que diz respeito ao crime continuado, arrazoando que:

[...] o crime continuado é uma *ficção jurídica*, concebida por razões de política criminal, que considera que os crimes subsequentes devem ser tidos como continuação do primeiro, estabelecendo, em outros termos, um tratamento unitário a uma pluralidade de atos delitivos [...]. Admitir, como pretende a Súmula 711 do STF, a *retroatividade de lei penal mais grave* para atingir *atos praticados antes de sua vigência*, não só viola o *secular princípio da irretroatividade da lei penal*, como ignora o fundamento da *origem do instituto do crime continuado* [...].⁴¹ (grifos do autor)

Devemos concordar com o doutrinador acima quando milita em favor da inconstitucionalidade da súmula 711 do STF apenas no que diz respeito ao crime continuado, pois absolutamente não se deve aceitar a violação de princípios constitucionais, mormente o princípio da irretroatividade da lei penal, sob o pretexto de manter isento de contradição um instituto – o crime continuado – que, a rigor, não é senão uma ficção jurídica.

Quanto ao crime continuado, portanto, pode-se demarcar o tempo do delito – para fins de aplicação da lei penal no tempo – no momento em que lhe cessa a continuidade, uma vez que, neste tipo de crimes, as ações subsequentes são havidas como continuação das primeiras: eis porque toda a série de atos é unificada por ficção em um só crime.

Destarte, se porventura entre em vigor uma lei penal mais severa durante a permanência ou a continuidade destes delitos, tal lei incidirá sem nenhum óbice sobre o crime permanente ou o continuado, respectivamente.

3.1.2 “*Novatio Legis in Pejus*” e “*Novatio Legis*” *Incriminadora*

A *novatio legis in pejus* ocorre quando um lei posterior, a propósito de crime praticado sob a vigência de lei mais benigna revogada, agrava-lhe as “consequências jurídico-penais, isto é, a pena ou a medida de segurança”⁴². A *novatio legis* incriminadora, por sua vez, difere da anterior pelo motivo de que a lei posterior tipifica determinada conduta considerada

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 220/221.

⁴² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 31.

lícita sob a vigência da lei penal revogada. Nas duas situações, portanto, a lei nova se mostra mais severa em comparação com a lei anterior, seja incriminando condutas, seja agravando de qualquer modo a situação do réu ou do condenado.

É importante se dizer que em nenhum dos dois casos acima haverá retroatividade da lei mais grave. No que toca especificamente à *novatio legis* incriminadora, Heleno Cláudio Fragoso com sabedoria aduz que “[...] inexistente a ameaça penal, justificada seria a prática do fato, pois o cidadão não poderia sentir-se obrigado à observância de preceito inexistente nem intimidação por sanção que não havia [...]”⁴³; e, no mesmo sentido, Aníbal Bruno doutrina:

Seria verdadeiramente intolerável, pelo menos para a consciência jurídica atual, que a segurança e a tranquilidade do indivíduo que pratica um ato dentro da zona de licitude deixada livre pelo Estado se vissem ameaçadas por lei subsequente, que viesse alcançar com a sua definição de punibilidade aquele ato anterior. [...] Por isso que elemento consutivo da figura do crime é a antijuridicidade, isto é, a sua contrariedade a uma norma de Direito, inexistente a norma não pode haver crime e nem, por conseguinte, o ato já realizado, então lícito, ser punível por lei posterior.⁴⁴

O campo de zona lícito, portanto, dentro do qual atuam os indivíduos, não pode ser ameaçado por leis novas incriminadoras incidentes sobre atos praticados em conformidade com o Direito; se assim não fosse, a licitude de determinado ato seria apenas ficção, modificável por toda sorte de lei posteriores, de modo a violar substancialmente o princípio da legalidade.

No que concerne à *novatio legis in pejus*, Aníbal Bruno também se posiciona no sentido de que não se há de impor pena mais grave do que aquela que a lei anterior previa no momento da prática do crime, “[...] não sendo irrazoável fazer pesar a consideração de que, se a pena agravada já existisse no momento do fato, talvez o agente, pelo temor de sofrê-la, se tivesse eximido de praticá-lo”⁴⁵. A afirmação anterior atina com o caráter intimidativo da pena, porquanto o indivíduo, na possibilidade de praticar dois crimes distintos, mas de resultados semelhantes – sendo-lhe cominada a um deles pena irrisória, e a outro, pena grave –, decerto cometeria o delito cuja pena lhe parecesse mais benéfica. O agente, portanto, deve sempre conhecer previamente a pena a que estará submetido no momento de praticar qualquer conduta criminosa. Nelson Hungria corrobora com o que foi dito:

Ao criminoso não pode ser imposta uma pena que lhe era *desconhecida* ao tempo do crime. Colidiria isto, aliás, com o *moneat priusquam feriat*, ou seja, com a própria

⁴³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 121.

⁴⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 264/265.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 267.

função *preventiva* ou *intimidante*, que, segundo o critério do direito positivo (precisamente quando exige a *anterioridade* da lei penal), realiza um dos fins da pena; pois é de se presumir que, se esta já tivesse, ao mesmo tempo do crime, o rigor que só veio a assumir depois, o agente se teria absterido de violar a lei.⁴⁶ (grifos do autor)

Assim sendo, haverá a possibilidade, ou não, de que o agente se abstenha de praticar o delito a depender da severidade da sanção e, por isto mesmo, é vedada a retroação da lei penal que o prejudique, pois do contrário restaria inútil toda a função intimidativa da pena, que é importante baliza orientadora e limitativa de condutas potencialmente criminosas.

Em suma, conforme lição de Assis Toledo, “a lei penal *mais grave* não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria figura penal até então inexistente, seja quando se limita a agravar as consequências jurídico-penais do fato, isto é, a pena ou a medida de segurança”⁴⁷ (grifos do autor). De outro modo não poderia ser, pois mesmo o princípio da legalidade e, especificamente, o da anterioridade da lei penal (*nulla poena nullum crimen sine lege praevia*) – erigidos a cláusulas pétreas no art. 5º, *caput*, XL, da CRFB – impedem que o legislador elabore leis cominando penas mais graves a delitos ocorridos antes da sua vigência.

3.1.2.1 Princípio da Irretroatividade da “Lex Gravior”

O princípio da irretroatividade da lei penal mais severa é instituto que cresceu de importância a partir de meados do Século XVIII, acompanhando a evolução das teorias individualistas; e que permanece até hoje como um dos postulados fundamentais à estabilidade do Estado Constitucional de Direito. Sua origem, contudo, é mais antiga; remonta ao Direito Canônico⁴⁸. No Direito Romano, o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa era desconhecido; conforme ensinamento de Aníbal Bruno, “[...] o princípio mais geral da não retroatividade não se deduz com muita precisão das fontes do velho Direito. Nos primeiros tempos, e ainda na República, as mais seguras opiniões afirmam que a retroatividade da lei penal era a regra”⁴⁹.

Nosso ordenamento jurídico abomina a aplicação de leis penais mais severas a fatos ocorridos antes de sua vigência, em respeito aos dispositivos constitucionais voltados à

⁴⁶ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 115.

⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 31.

⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 118.

⁴⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 262.

proteção das liberdades individuais: eis o princípio da legalidade e o da anterioridade da lei penal mais uma vez restringindo a atuação abusiva do Estado em face dos direitos fundamentais dos cidadãos. Neste sentido, Aníbal Bruno leciona:

Há um princípio que regula superiormente o conflito de leis sucessivas em geral. É o da não retroatividade da lei, princípio de garantia e estabilidade da ordem jurídica, sem o qual faltaria a condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos do indivíduo. [...] Tal exigência é mais imperiosa ainda no domínio severo do Direito Penal, onde bens fundamentais do homem são ameaçados pela cominação penal e onde, em consequência, se impõe mais rigoroso regime de precisão e certeza nas suas normas.⁵⁰

O princípio da irretroatividade da *lex gravior*, portanto, não deixa de ser corolário do axioma *tempus regit actum*, uma vez que a regra geral de que as leis somente incidem sobre os fatos ocorridos durante a sua vigência veda, por conseguinte, que leis posteriores mais severas retroajam para atingir esses mesmos fatos.

O fundamento geral desse princípio, portanto, é a segurança jurídica, na medida em que assegura aos indivíduos o conhecimento exato das consequências de seus atos, as quais de regra serão imodificáveis, salvo se sobrevier lei que lhes seja benéfica, podendo esta retroagir. No entender de Cezar Roberto Bitencourt, mais importante do que esse fundamento geral (a segurança jurídica) é a “[...] *razão estritamente penal*, qual seja, a de que a promulgação de leis *ad hoc* pode facilmente estar contaminada pela comoção que a prática de um delito produz e, muitas vezes, analisada posteriormente, mostra-se excessivamente grave”⁵¹ (grifos do autor).

É importante esta última colocação, pois não raro, no Brasil, ocorre que a prática de determinados crimes – e. g., delitos cometidos por políticos – tende a repercutir exageradamente nos órgãos de mídia e, por conseguinte, a influenciar opinião pública, de modo que muitas vezes o Congresso Nacional é pressionado, ante o clamor social, a aprovar leis mais rígidas a propósito desses crimes. Este é mais um motivo por que não se há de retroagir a *lex gravior* em nenhuma ocasião, sob pena de se impor a quantidade e a natureza da pena dos agentes de acordo com os variáveis e instáveis graus de insatisfação social – o que seria absolutamente injusto.

Pois bem, demonstrou-se alhures que o princípio da irretroatividade da lei penal se identifica com uma das facetas do princípio da legalidade – o *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*; tanto isso é verdade que o famoso mestre Basileu Garcia, referindo-se ao

⁵⁰ Ibid., p. 261/262.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 207.

art. 1º, *caput*, do Código Penal Pátrio – onde se proclama o princípio da reserva legal –, leciona:

No mesmo artigo está implícita a regra geral da irretroatividade das leis penais. Mediante a aplicação retroativa de uma lei penal, dar-se-ia a punição sem prévia lei. Ter-se-ia, ao contrário do que adverte o art. 1º na sua indicação marginal, a anterioridade do fato à lei, e não a anterioridade da lei ao fato.⁵²

É óbvio que Basileu Garcia estava tratando especificamente das leis penais mais severas, porquanto as leis benignas retroagirão em qualquer hipótese, sem que isso signifique subversão à legalidade ou à segurança jurídica – como adiante se estudará.

Nelson Hungria justifica a vedação da retroatividade da lei penal que prejudica a situação do réu ou do condenado, ao afirmar que a “retroatividade encontra o obstáculo de autêntico direito adquirido na órbita da liberdade individual, isto é, o direito que o indivíduo adquiriu, vigente a lei anterior, de não ser punido ou ser punido menos severamente”⁵³. Vale transcrever texto que este penalista escreveu sobre o tema:

Com a prática do crime, estabelece-se entre o seu autor e o Estado indissimulável *relação jurídica* (idêntica à que se apresenta entre particular e particular, quando da prática de um *delito civil*): o Estado adquire o direito de punir o indivíduo e este, ao mesmo tempo que surge para ele a obrigação de sofrer a pena, adquire o direito de não sofrer pena mais grave do que a cominada pela lei então vigente [...].⁵⁴ (grifos do autor)

Embora Nelson Hungria, no trecho acima, relacione institutos do Direito Público com outros do Direito Privado, não se há de negar a lucidez de seu argumento, cuja lógica é brilhantemente desenvolvida, de modo a rechaçar todo e qualquer intento de *reformatio legis in pejus* e de *reformatio legis* incriminadora.

Especificamente no que concerne ao princípio da irretroatividade da *lex gravior*, a Constituição da República Federativa do Brasil no art. 5º, XL, proclama: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

É importante não perder de vista que esse princípio veda a aplicação retroativa tão somente das normas de direito penal material. O próprio artigo constitucional acima citado preceitua que a *lei penal* não retroagirá; não menciona, portanto, *lei processual penal*. Por normas penais de caráter material, Cezar Roberto Bitencourt entende serem aquelas que “de qualquer modo atingem algum direito fundamental do cidadão ou restringem sua liberdade,

⁵² GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal v.1 t.1*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 201/202.

⁵³ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 114.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 115.

como é o caso das que proíbem a liberdade provisória, tornam crimes inafiançáveis etc. [...]”⁵⁵. Assis Toledo, neste sentido, doutrina:

Em suma, a norma de direito material mais severa só se aplica, enquanto vigente, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade. Tal princípio aplica-se a todas as *normas de direito material*, pertençam elas à Parte Geral ou à Especial, sejam normas incriminadoras (tipos legais de crime), sejam normas reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, das causas de justificação ou de outros institutos de direito penal.⁵⁶ (grifo nosso)

Tanto é verdade que os princípios de direito penal intertemporal atinam apenas com normas de caráter material, que o princípio da legalidade – insculpido na Constituição da República em seu art. 5º, caput, XXXIX, *verbis*: “não há *crime* sem lei anterior que o defina, nem *pena* sem prévia cominação legal” e também inscrito no Código Penal Pátrio em seu art. 1º, *caput* – refere-se a institutos de natureza material: o crime e a pena. Ainda Assis Toledo:

A Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da anterioridade da lei em matéria penal, diz expressamente que tal princípio se aplica ao *crime* e à *pena*. [...] Nada impede, pois, tratamento diferenciado em relação às normas de processo e de execução, não abrangidas pelos mencionados preceitos.⁵⁷ (grifo nosso)

É importante distinguir, portanto, – no texto do estatuto penal e do processual penal, bem como no de outras leis que contenham preceitos relativos ao Direito Penal – as disposições que contenham normas de direito material das que prevejam normas de direito processual, para que apenas as primeiras sejam colocadas em confronto com as leis posteriores correspondentes nas hipóteses de conflito de leis penais no tempo.

3.1.3 “*Abolitio Criminis*”

Outra hipótese que pode acontecer a respeito da aplicação da lei penal no tempo é a *abolitio criminis*. Esta é havida sempre que lei posterior deixe de considerar crime uma conduta tipificada e punida por lei anterior revogada.

Na ocorrência da *abolitio criminis*, a lei nova inevitavelmente retroagirá, pois, conforme Heleno Cláudio Fragoso, “[...] não teria sentido impedir-se aqui o efeito retroativo, mantendo-se a punição irrogada a fato que não mais atinge a consciência ético-jurídica do

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 218.

⁵⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 31/32.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 39.

povo”⁵⁸. Justificando a retroatividade da lei que descriminaliza condutas, Aníbal Bruno ensina:

Na realidade, a ausência do imperativo da defesa social, no caso, não permite a restrição aos direitos individuais em que a sanção importa. [...] Na presente, há a antijuridicidade do fato ao tempo em que se praticou, mas não existe a necessidade da defesa social que determinara a punição, como se conclui da nova lei discriminante, e, pois, não se justifica a limitação dos direitos individuais que a pena acarreta.⁵⁹

É numa razão de justiça, pois, que se assenta a retroatividade nas hipóteses de *abolitio criminis*, uma vez que “se a lei nova, afeiçoando-se a uma mudança da *consciência jurídica geral* ou a uma nova ‘concepção jurídica’ [...] em torno de determinado fato, suprime sua incriminação [...], a eficácia póstuma da lei antiga redundaria numa opressão iníqua e inútil”⁶⁰ (grifo do autor).

Assim, ocorrendo a descriminalização de conduta coibida pela legislação anterior, arquivam-se os processos em curso. Se o indivíduo já houver sido condenado e a pena correspondente estiver sendo executada, cessarão de imediato a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, ainda que transitada em julgado. Neste sentido, cumpre transcrever lição de Basileu Garcia:

Dizendo que cessam os efeitos penais da sentença condenatória, o legislador resguardou-lhe as decorrências civis, que perduram. A condenação criminal torna certa a obrigação, por parte do sentenciado, de reparar o dano resultante do crime. Essa obrigação a lei nova deixa intangível.⁶¹

O Código Penal Pátrio, em seu art. 2º, *caput*, sintetiza o que fora exposto acima, *verbis*: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

Convém, entretanto, atentar para o fato de que em nenhum dos casos acima – de retroatividade da lei nova – haverá violação da coisa julgada. Nelson Hungria brilhantemente afirmou que “[...] nos *altares* do direito penal, a coisa julgada é *santa* de prestígio muito relativo [...]”⁶² (grifos do autor) e Julio Fabbrini Mirabete, corroborando este entendimento, lecionara que “[...] não se infringe a regra constitucional que preserva a *coisa julgada* no art.

⁵⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 121.

⁵⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 266.

⁶⁰ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 115/116.

⁶¹ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal v.1 t.1. 7. ed., rev. e atual*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 203.

⁶² HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 119.

5º, XXXVI, da CF, porque este dispositivo se refere apenas às garantias individuais e não aos direitos do Estado como titular do *jus puniendi*”⁶³ (grifos do autor).

A *abolitio criminis*, portanto, não é causa de violação do instituto da coisa julgada; é causa, porém, de extinção de punibilidade⁶⁴. Nos processos em curso, o juiz ou o tribunal declarar-la-á de ofício⁶⁵, em qualquer fase. Naqueles em que já houve condenação em sentença, e cuja pena estiver sendo executada; caberá ao juiz da execução este mister⁶⁶.

Assis Toledo ainda ensina que “para haver *abolitio criminis* deve haver uma ab-rogação completa do preceito penal, e não somente de uma norma singular referente a um fato que, sem ela, se contém numa incriminação penal”⁶⁷ (grifos do autor). Para que se configure a *abolitio criminis*, portanto, deve haver abrogação completa da lei anterior pelo estatuto descriminalizante, uma vez que lei especial – por si só – não tem o condão de abolir crime previsto em legislação que não fora revogada.

3.1.4 “*Novatio Legis in Mellius*”

A *novatio legis in mellius* ocorre quando lei posterior, a despeito de não descriminalizar condutas, beneficia de algum modo o acusado ou o condenado por crime ocorrido sob a vigência da lei revogada. Assim como na *abolitio criminis*, mais uma vez aqui a regra geral *tempus regit actum* é mitigada para dar espaço à retroação da lei penal mais benigna. Neste sentido é a doutrina de Basileu Garcia:

A lei da época do fato é que, em tese, deve ser aplicada, em consonância ao princípio da legalidade dos delitos e das penas, o qual conduz à necessária anterioridade da lei penal. Mas, se a lei nova é mais favorável, uma inegável imposição do senso de equidade manda aplicá-la retroativamente, cessando então a natural ultratividade da lei contemporânea ao acontecimento.⁶⁸

Confirmando a lição acima transcrita, nosso Código Penal, em seu art. 2º, parágrafo único, preceitua, *verbis*: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal v.1. Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 63.

⁶⁴ Art. 107, III, do CP: “Extingue-se a punibilidade: [...] III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;”

⁶⁵ Art. 61, *caput*, do CPP: “Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.”

⁶⁶ Art. 66, I, da Lei de Execução Penal: “Compete ao juiz da execução: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;”

⁶⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.34.

⁶⁸ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal v.1 t.1. 7. ed., rev. e atual.* São Paulo: Saraiva, 2008. p. 205.

Assim sendo, caso a lei revogadora seja a mais benigna, retroagirá para beneficiar a situação do agente de crime praticado sob a vigência da lei revogada, ainda que esteja acobertado sob a proteção da coisa julgada.

3.1.4.1 Os Princípios da Ultra-atividade e da Retroatividade da “Lex Mitior”

A lei penal mais benigna ou *lex mitior* se configurará sempre que, por ocasião da sucessão de leis no tempo, determinado estatuto legal revogue total ou parcialmente dispositivos de lei anterior; isto resultará em que, ou a lei revogada, ou a revogadora, trate de forma mais benéfica fatos semelhantes regulados por ambas as leis.⁶⁹

A peculiaridade da “lex mitior”, ao contrário do que ocorre com a lei penal mais severa, consiste na ultra-atividade ou na retroatividade dela decorrente. Por exemplo: se uma lei que aumenta a quantidade da pena de determinado crime revoga lei anterior que, por sua vez, enquanto vigorava, incidira sobre esse mesmo delito; tem-se que esta última, sendo a lei mais benigna, ultra-agirá e continuará regulando o fato ocorrido sob sua vigência. Este exemplo não demonstra senão uma das facetas do princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, alhures comentado.

Concentraremos atenção, contudo, ao princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, genericamente explicado quando do estudo da *abolitio criminis* e da *novatio legis in mellius*. Justificando a adoção desse princípio por nosso ordenamento jurídico, Basileu Garcia assevera:

O Estado, por dois dos seus poderes – o Legislativo e o Executivo, reconhece, ao instituir a nova lei, que a antiga era demasiado rigorosa. Cancela da lista das infrações uma figura delituosa, ou lhe reduz as penas. Não seria lógico que o próprio Estado, por outro dos seus poderes – o Judiciário, perseverasse em querer punir alguém por um delito que deixou de o ser ou fizesse empenho em conservar, na aplicação das penas, a mesma severidade que entendera excessiva.⁷⁰

E no mesmo sentido, Heleno Cláudio Fragoso:

[...] o efeito retroativo dado à lei penal mais benigna não significa um presente ao criminoso, pois constitui interesse do Estado. Se, na configuração dos delitos ou na cominação das penas, o Estado formula leis mais benignas, isto significa que as novas leis correspondem verdadeiramente às exigências da Justiça e às necessidades da vida social. Devendo aplicar-se aos fatos praticados na vigência da lei anterior, que agora se considera inadequada.⁷¹

⁶⁹ Neste sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 35.

⁷⁰ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal v.1 t.1*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 205.

⁷¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 119.

É por uma inarredável razão de justiça, portanto, que as leis penais mais benignas devem retroagir, em todo e qualquer caso. Esse princípio é de tamanha relevância que a CRFB de 1988 lhe conferiu status de “direito fundamental” – cláusula pétrea, portanto – em seu art. 5º, XL, *verbis*: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Mas uma questão se coloca: como saber qual é a lei mais favorável ao réu ou ao condenado, na hipótese de conflito de leis no tempo? Grande parte da doutrina nacional defende que a benignidade da lei só poderá ser aferida quando avaliada em relação a cada caso concreto⁷². Assis Toledo ensina que:

Já vimos que a *abolitio criminis* – hipótese mais evidente de lei posterior mais benigna – retroage sempre em benefício do réu; vimos, igualmente, que a *lex gravior* só se aplica aos fatos cometidos sob sua vigência, vedada em caráter absoluto sua retroação. Fixados tais limites, há uma gama variada de hipóteses intermediárias nas quais a definição da lei mais benigna só pode ser obtida *em concreto*, ou seja, diante da avaliação, caso a caso, do resultado a ser obtido com a aplicação de um ou de outra lei. A lei cuja aplicação produzir resultado final mais favorável para o agente é a que deve ser aplicada.⁷³ (grifos do autor)

A lei em abstrato, portanto, em que pese ofereça indícios de benignidade quando comparada a outra lei – principalmente nos casos de *abolitio criminis* ou de *novatio legis* incriminadora –, precisará de que o intérprete sempre a utilize à luz das situações que lhe são postas a exame: somente assim se conhecerá com precisão qual será verdadeiramente a *lex mitior*.

Se houver sérias dúvidas quanto à escolha da lei aplicável, mesmo depois de o intérprete comparar as leis caso a caso, Basileu Garcia ensina que “[...] será justo aquiescer-se à preferência manifestada pelo próprio acusado. Ele, o maior interessado, poderá opinar, por exemplo, se acha mais pesada a multa que a prisão”⁷⁴. Cezar Roberto Bitencourt segue este argumento ao sustentar que, restando “[...] dúvida insuperável sobre qual das normas aplicáveis é a mais benéfica, [...] a melhor solução será ouvir o próprio interessado, isto é, aquele que sofrerá as consequências da lei penal [...]”⁷⁵. No mesmo sentido posicionam-se Aníbal Bruno⁷⁶ e Nelson Hungria⁷⁷. Por outro lado, Heleno Cláudio Fragoso entende que ao

⁷² Neste sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 125; GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal v.1 t.1*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 205; e NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal v.1. Introdução e Parte Geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 76.

⁷³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 35.

⁷⁴ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal v.1 t.1*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 206.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 208.

⁷⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 270.

réu jamais caberá a escolha da lei nova aplicável; e que esta se aplicará apenas aos casos não julgados⁷⁸. Defendemos a primeira tese, pois, a nosso ver, é a mais consentânea com os anseios de Justiça.

Oferecidos os subsídios teóricos necessários à compreensão dos princípios que regem a aplicação da lei penal no tempo, passar-se-á, no próximo capítulo, ao estudo das leis penais intermitentes, cujo aspecto de ultra-atividade será ao final analisado à luz do princípio da retroatividade da *lex mitior*. Dessa análise, depreender-se-á a constitucionalidade, ou não, do art. 3º, *caput*, do Código Penal brasileiro.

⁷⁷ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 134.

⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 126.

4 DAS LEIS PENAIS INTERMITENTES

Leis intermitentes são, por sua própria natureza, aquelas cujo período de vigência é transitório. Não ocorre aqui a padronizada perda de eficácia decorrente de revogação de uma lei anterior por outra posterior. Trata-se, *in casu*, de autorrevogação: é o caráter de transitoriedade da lei que, por si mesmo, predeterminará a duração de sua eficácia.

4.1 Das Leis Penais Temporárias e Excepcionais

A duração das leis penais transitórias, ou pode já vir fixada na lei, hipótese em que esta se chamará lei temporária; ou dependerá do término das circunstâncias fáticas em virtude das quais fora criada a lei, denominada neste caso de lei excepcional.

O legislador criou este tipo de leis por prever que, em determinadas situações anormais, e.g., tempos de guerra, de revolução, de calamidade pública etc., fosse necessário que o Direito Penal transitoriamente cuidasse de incriminar condutas – havidas por lícitas em período de vida normais – ou de agravar a pena de certos crimes.

4.1.1 Da Ultra-atividade das Leis Intermitentes

A principal característica – e que a diferencia das outras – das leis temporárias e das excepcionais é o seu caráter ultra-ativo, ou seja, elas continuarão sendo aplicadas aos fatos ocorridos durante o período em que vigoravam, mesmo após o fenômeno da autorrevogação. Cumpre transcrever o art. 3º do Código Penal, *verbis*:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

Não se trata, portanto, de retroação, mas de ultra-ação. Devido a isto, não devemos concordar com Eugenio Raúl Zaffaroni quando, acerca do dispositivo acima citado, assevera:

Esta disposição legal é de duvidosa constitucionalidade, posto que constitui exceção à irretroatividade legal que consagra a Constituição Federal ('salvo para beneficiar o réu') e não admite exceções, ou seja, possui caráter absoluto (art. 5º, inc. XL).⁷⁹ (parêntesis do autor)

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 221.

O art. 3º do Código Penal, como se viu, não excepciona o princípio geral da irretroatividade da lei penal. Pelo contrário, a lei intermitente aplica-se aos fatos ocorridos durante, e não antes de sua vigência; e mais: continua “eficaz” a propósito desses fatos ainda que cessada sua vigência. Magalhães Noronha já advertia que “[...] não se pode ver na ultra-atividade dessas leis violação do princípio constitucional de que a lei retroage quando beneficiar o acusado (art. 5º, XL). Não se trata aqui de retroatividade, mas de ultra-atividade [...]”⁸⁰. Neste sentido é o ensinamento de Basileu Garcia:

Ao agir, então, a lei antiga não estará sendo retroativa – o que o preceito constitucional embarçaria, por não ser ela favorável – mas ultrativa, o que é bem diferente. Consiste a retroatividade na ação da lei nova sobre o passado, regulando os efeitos e consequências de atos nascidos antes da sua publicação. Lei retroativa é, pois, a lei *em vigor* que rege fato *antecedente* à sua vigência. Não é o que se dá com a ultratividade, em que se aplica a lei já *extinta*, mas *contemporânea* ao caso, com pontual observância do postulado *tempus regit actum*. Assim, a hipótese não incorre na censura da norma constitucional.⁸¹

A razão pela qual o legislador prescreveu a ultra-atividade dessas leis parece-nos evidente. O motivo é que, se assim não fosse, abrir-se-ia brecha a pessoas que cometessem os crimes tipificados na lei intermitente ao final do período de sua vigência, de se utilizarem de expedientes protelatórios a fim de retardar o andamento do processo penal até que cessasse a vigência – ou seja, ocorresse a autorrevogação – da sobredita lei, que não mais poderia ultra-agir ao momento posterior da eventual condenação.

Diz a “Exposição de Motivos” da antiga Parte Geral do Código Penal de 1940 que a ressalva da ultra-atividade “visa a impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido de retardamento dos processos penais” (n. 8)⁸².

Desse modo, caso não existisse a ultra-atividade, as injustiças se perpetrariam, porquanto somente os indivíduos que cometessem crimes em momentos iniciais da vigência da lei intermitente seriam condenados e punidos; ficando a salvo aqueles que delinquiram no período final da sua vigência e obstaculizaram o término do processo penal. Assim se posiciona Damásio de Jesus quando aduz que “[...] tal possibilidade criaria graves injustiças:

⁸⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal v.1. Introdução e Parte Geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 78.

⁸¹ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal v.1 t.1*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 208.

⁸² HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 143.

uns seriam condenados, outros, não. Só seriam apenados aqueles que tivessem praticado crimes em época bem anterior ao término de sua vigência [...]”⁸³.

Só para ilustrar, imagine-se que uma lei temporária entre em vigor para produzir eficácia durante um período de 5 anos e, um dia após o termo inicial de sua vigência, um indivíduo pratica conduta incriminada por essa lei. Ora, convenhamos que 5 anos é intervalo de tempo razoável – em condições ideais – para que esta pessoa seja condenada e punida pelo crime cometido. Se, entretanto, durante o último mês de vigência dessa lei, outra pessoa pratica o mesmo delito do caso anterior, provavelmente o processo penal daí resultante não condenará o réu em momento anterior à auto-revogação da lei intermitente; esta, portanto, se não fosse ultra-ativa, perderia muito de sua força intimidatória, porquanto as pessoas que delinquissem em momento próximo ao término da sua vigência estariam seguras de que, ao tempo da futura sentença condenatória, dificilmente essa lei ainda seria dotada de eficácia.

Neste último caso, ainda que fosse provável a condenação do réu pelo delito tipificado na sobredita lei, ele poderia de algum modo se utilizar de artifícios para retardar o andamento do processo até que este perdesse o objeto por falta de lei incriminadora – na hipótese de a lei intermitente não ser ultra-ativa.

A ultra-atividade é, portanto, a qualidade intrínseca das leis intermitentes, sem a qual não faria sentido que o legislador penal dispusesse sobre o instituto.

4.1.2 Da Validade do Art. 3º do Código Penal em face da Constituição Federal de 1988

As razões acima são bastante convincentes para entendermos o funcionamento dessas leis. A validade delas, no entanto, em face do ordenamento jurídico como um todo deve ser tratada em outros termos. Não se discute que, sem a característica da ultra-atividade, as leis intermitentes perderiam toda a sua razão de existir; o que se põe em dúvida é a constitucionalidade do art. 3º do Código Penal em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna insculpido no art. 5º, XIX, da CFRB de 1988, *verbis*: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

A primeira questão a ser colocada é esta: o fato de as leis intermitentes ultra-agirem implica violação do princípio da retroatividade da *lex mitior*? A resposta é: não necessariamente. Há de se diferenciar as duas situações possíveis em que pode vigorar a lei transitória: uma é hipótese na qual à autorrevogação dessa lei não se segue nenhuma outra lei

⁸³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 84.

incriminadora; a outra ocorre quando já existe lei incriminando o fato ainda que passado o período de vigência da lei transitória. Exemplo da primeira é dado por Damásio de Jesus:

Durante uma revolução, o legislador erige à categoria de crime ‘passar em determinada ponte’. A realiza a conduta punível e, no transcorrer do processo, termina a revolução. Ocorre auto-revogação da lei penal excepcional. O criminoso pode ser condenado? Sim, pois ‘a lei excepcional’, ‘embora’ ‘cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência’⁸⁴. (grifos do autor)

Poder-se-ia cogitar que este exemplo se tratasse de *abolitio criminis* – uma das hipóteses de conflito de leis penais no tempo, conforme alhures estudado. Isto não é verdade. A *abolitio criminis* é o evento decorrente da revogação de uma lei penal por outra que descriminaliza fato anteriormente tipificado. A perda da eficácia da lei intermitente, no entanto, não resulta de revogação por outra lei, mas da própria natureza daquela, criada justamente para vigorar em períodos excepcionais e cujo término da vigência já está delimitado no tempo, seja quando lhe está prefixado no corpo do texto, seja quando as circunstâncias em virtude da quais fora criada constituírem-se transitórias. Neste sentido, Basileu Garcia leciona:

Preceitua a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, art. 2º, § 1º, que ‘a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior’. É um princípio de ordem geral. À falta de textos substitutivos da lei excepcional ou temporária, não existe conflito a dirimir, a propósito do qual se tenha de invocar o mandamento constitucional de que a lei penal retroage quando menos rigorosa.⁸⁵

Na hipótese acima demonstrada, portanto, a ultra-atividade das leis intermitentes não implicará violação ao princípio da retroatividade da *lex mitior*.

A segunda situação antes anunciada pode ser visualizada no caso de, por ocasião de uma eventual calamidade pública, ser publicada lei excepcional que torne mais severa a punição do crime de furto enquanto durar a situação anormal que ensejou sua criação. O agente, portanto, que praticar furto no período de vigência dessa lei sofrerá sanção mais gravosa do que aquele que cometera o mesmo delito antes de sua entrada em vigor.

Este último exemplo é o que provoca a maior parte das dissidências doutrinárias. Magalhães Noronha, quanto a isto, nem cogita de violação do princípio da retroatividade da *lex mitior*, oferecendo-nos este ensinamento:

Se a lei temporária ou excepcional deve ser aplicada, ainda que outra não lhe tenha sucedido, ou seja, quando o Estado achou que não há mais necessidade de legislar

⁸⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 83.

⁸⁵ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal v.1 t.1*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 207.

sobre a matéria, parece-nos que, com maior razão, deve ser aplicada quando, se bem que com menos severidade, se legisla ainda acerca do assunto. [...] Em qualquer hipótese deve vigorar o art. 3º.⁸⁶

É deveras lógico o argumento de Magalhães Noronha. Assis Toledo também se posiciona no sentido de que a ultra-atividade das leis intermitentes não fere o princípio da retroatividade da lei posterior mais benigna.⁸⁷

Nelson Hungria, por sua vez, assevera que a ultra-atividade das leis intermitentes é exceção ao princípio da retroatividade da *lex mitior*. Sobre isto, o autor promoveu a seguinte lição:

O princípio da *retroatividade benigna* da lei penal, ainda quando incluído entre as *garantias individuais*, [...], não é irrestrito. Sob pena de conduzir *ad absurdum*, não pode ser aplicado quando a *lex gravior*, diversamente da posterior *lex mitior*, seja das chamadas temporárias ou excepcionais [...].⁸⁸

Não comunga do argumento acima o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, para o qual a questão da ultra-atividade das leis intermitentes nada tem que ver com o princípio da retroatividade da *lex mitior* e, por isto mesmo, não se pode dizer que lhe constitui exceção.⁸⁹ Esta é a justificativa do autor:

[...] deve-se destacar que o enunciado constitucional (art. 5º, XL, da CF) citado encerra duas premissas: 1ª) a irretroatividade da lei penal constitui-se a premissa maior, um princípio geral histórico elevado à condição de dogma constitucional; 2ª) a retroatividade da lei penal mais benéfica constitui-se na premissa menor, a exceção. [...] Assim, como o que precisa vir expresso é a exceção e não a regra geral, *não se pode exigir exceção da exceção para excluir da retroatividade benéfica as leis examinadas*.⁹⁰ (grifo nosso)

Cezar Roberto Bitencourt, portanto, ensina que não se pode deduzir do art. 5º, XL, da CRFB, qualquer exceção ao princípio da retroatividade da *lex mitior*, pois este, em si mesmo, já constitui exceção ao princípio geral da irretroatividade da lei penal.

Por outro lado, o autor acima, arrimado na doutrina de Frederico Marques, considera que a ultra-atividade das leis penais transitórias deve ser tratada sob outro prisma, o da tipicidade, sem considerarem-se os aspectos de direito intertemporal⁹¹. Neste sentido também é a lição de Damásio de Jesus:

⁸⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal v.1. Introdução e Parte Geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 79.

⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 44.

⁸⁸ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 139.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 215.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 214/215.

⁹¹ *Ibid.*, p. 215.

Não nos parece que em caso de não ser seguida a lei excepcional ou temporária por outra, renascido o ordenamento jurídico e não definindo este as condutas incriminadas por aquelas, possa ele ser considerado lei posterior para efeito da retroatividade benéfica. Quando a lei ordinária retoma o seu vigor após a extinção da vigência da lei excepcional ou temporária, não é mudada a concepção jurídica do fato. Este passa a ser lícito porque não mais estão presentes as condições temporais ou de fato exigidas por aquelas. Não se pode falar em exclusão da reação penal, mas sim **ausência dos elementos do tipo**⁹². (grifo nosso)

Damásio de Jesus, portanto, também considera que o problema da ultra-atividade das leis intermitentes em face do princípio da retroatividade da *lex mitior* deve ser tratado à luz da tipicidade, abstraindo-se dos elementos de direito intertemporal. Deste modo, terminada a vigência da lei transitória que pune mais severamente determinado crime, não haverá retroatividade de lei posterior mais benéfica, pois **nesta o fator temporal não mais integrará o tipo penal** do crime correspondente. Neste caso, “[...] não se poderá falar em *lex mitior*, pois as circunstâncias modais dos tipos são diferentes [...]”⁹³.

O professor Basileu Garcia⁹⁴, com a precisão que lhe é peculiar, distingue a hipótese em que ao fim da vigência da lei penal intermitente não sucede qualquer lei; da situação em que à autorrevogação da lei transitória se segue uma outra lei, que geralmente é a mais favorável. No primeiro caso, Basileu Garcia considera inevitável e até razoável que a lei transitória seja dotada de ultra-atividade, porquanto não haverá lei penal – muito menos lei mais benigna – posterior ao término da vigência daquela; nem se há de falar em *abolitio criminis*, conforme alhures demonstrado.

Na segunda hipótese, contudo, este famoso doutrinador⁹⁵ entende que haverá necessariamente a retroação da lei mais favorável, em respeito ao princípio correspondente exarado no art. 5º, XL, da CRFB. A aplicação do princípio da retroatividade da *lex mitior*, neste último caso, representaria a ruína do instituto penal da lei intermitente, porquanto esta não mais seria dotada de ultra-atividade, que é sua qualidade imanente, sem a qual perderia a razão de existir.

Por isto mesmo, Basileu Garcia⁹⁶ oportunamente adverte que “[...] todas as dúvidas sobre esta questão se dissipariam se um cuidadoso preceito constitucional dissesse que a lei penal que favorece retroage, ‘respeitada, todavia, a ultra-atividade da lei excepcional ou temporária’ [...]”. Paulo José da Costa Jr., por sua vez, assim se posiciona quando ensina:

⁹² JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 85.

⁹³ *Ibid.*, p. 86.

⁹⁴ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal v.1 t.1*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 207.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 207.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 208.

Não se pode negar a conveniência de que a retroatividade benéfica viesse a ser excluída das leis excepcionais ou temporárias. [...] Entretanto, enquanto o preceito constitucional não proclamar, explicitamente, que a lei ulterior benéfica, ao retroagir, haverá de respeitar a ultratividade da lei excepcional ou temporária, não há como negar a aplicação da lei mais mitigada (*lex mitior*).⁹⁷

Destarte, os dois autores acima citados defendem a retroatividade da lei penal mais benigna em face das leis temporárias, pois o art. 5º, XL, da CRFB institui princípio que não comporta exceção em nosso ordenamento jurídico e que, por isto, deve ser incondicionalmente aplicado em caso de lei penal mais favorável. Aceitada esta tese, é de se considerar que o art. 3º do Código Penal brasileiro não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, Rogério Greco aduz que deverá prevalecer o “[...] entendimento no sentido de que o art. 3º do Código Penal, em tema de sucessão de leis no tempo, não foi recepcionado pela atual Carta Constitucional, para fins de aplicação da lei anterior em prejuízo do agente [...]”⁹⁸.

Seguindo esta posição, Guilherme de Souza Nucci doutrina:

[...] Em primeiro lugar, o princípio da retroatividade penal benéfica é expresso na Constituição Federal (art. 5º, XL), sem qualquer tipo de restrição ou condição. Logo, necessita *aplicação integral*, sem que se possa invocar lei ordinária para barrá-lo. [...] Além disso, a argumentação de que o tempo integra o tipo penal incriminador, eternizando a norma, em verdade, é puramente formal. [...] O referido art. 3º não especifica ser o período de tempo integrante do tipo penal; cuida-se de criação doutrinária. [...] ⁹⁹

O autor acima, portanto, também reputa não recepcionado o art. 3º do Código Penal pelo Texto Constitucional de 1988.

Em meio ao debate entre os famosos penalistas nacionais, não fazem qualquer objeção à ultra-atividade das leis intermitentes os doutrinadores Aníbal Bruno¹⁰⁰, Julio Fabbrini Mirabete¹⁰¹, Luiz Regis Prado¹⁰² e Miguel Reale Júnior¹⁰³.

⁹⁷ COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 32.

⁹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p.116.

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

¹⁰⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 271/272.

¹⁰¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal v.1. Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 69.

¹⁰² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro v.1. Parte Geral*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 186.

¹⁰³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 101.

Vale atentar, portanto, para esta discussão acerca constitucionalidade ou não do art. 3º do Código Penal, a qual divide a posição de eminentes doutrinadores brasileiros, ora tendentes a aceitar a validade da regra que preceitua a ultra-atividade das leis temporárias em face do nosso ordenamento jurídico, ora a defender a inconstitucionalidade do referido dispositivo; uns e outros, contudo, adotando argumentos muito bem fundamentados para advogar em favor de tal ou qual tese.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, prezou-se inicialmente pelo estudo do princípio da legalidade e seus desdobramentos, bem como da aplicação da lei penal no tempo e dos princípios da irretroatividade geral da lei penal e da retroatividade da *lex mitior*.

Ao final, esmiuçou-se o conteúdo das leis penais transitórias. Também foi dado destaque ao aspecto da ultra-atividade dessas leis, o qual é sua característica essencial, uma vez que, caso não fosse possível essa ultra-atividade, o artigo 3º do Código Penal estaria fadado a causar tremendas injustiças.

É chegado o momento, portanto, de responder à pergunta-chave deste trabalho: é constitucional ou não o artigo do Estatuto Penal acima mencionado em face do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica inscrito no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988?

Muitos doutrinadores brasileiros, como fora visto, defenderam constitucionalidade do artigo 3º do Código Penal, ora alegando que “fator temporal” faria parte do próprio tipo penal contido nas leis penais intermitentes, o que afastaria, a princípio, a retroatividade de leis posteriores mais benéficas; ora afirmando que a ultra-atividade dessas leis constituiria exceção ao princípio da retroatividade da *lex mitior*, pois do contrário, segundo eles, o preceito acima tornar-se-ia iníquo.

Outros renomados penalistas expuseram a contradição irremediável entre a ultra-atividade das leis transitórias e o princípio constitucional que ordena a retroação das leis penais mais benignas, principalmente quando à auto-revogação daquelas se lhe seguissem leis penais tratando menos severamente os fatos já incriminados sob a vigência da lei temporária ou excepcional.

Neste contexto, alguns doutrinadores aduziram ser conveniente que a Constituição Federal previsse expressamente o respeito à ultra-atividade das leis penais intermitentes como exceção ao princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Mas isso não aconteceu. O art. 5º, inc. XL, da CRFB claramente preceitua o princípio geral da irretroatividade da lei penal, e o excepciona somente no caso de a lei penal retroagir em benefício do réu, sem fazer qualquer ressalva a esta última disposição.

Assim, quando existir lei penal que em relação à lei anterior trate menos severamente fatos que já foram incriminados por esta, é por ordem constitucional que deverá retroagir, ainda que esses fatos estejam acobertados pela coisa julgada – como dispõe o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna já é, em si mesmo, uma exceção; e somente este fato já vedaria que, sem previsão expressa na CRFB, o legislador infraconstitucional criasse outras exceções, ainda que razoáveis e plausíveis – como é o caso do art. 3º do Código Penal.

Não se nega, portanto, o caráter ultra-ativo intrínseco das leis temporárias, mas, na falta de expressa previsão na Constituição Federal de 1988 de alguma regra ou princípio que permita a ultra-atividade dessas leis, é prudente admitir a invalidade art. 3º do Código Penal em face do ordenamento jurídico brasileiro. Do contrário, no autorizar o legislador ordinário ou complementar a excepcionar a seu talante regras e princípios constitucionais, estar-se-ia arriscando a estabilidade de uma garantia individual da mais alta relevância – o princípio da retroatividade da *lex mitior*.

Neste sentido é a conclusão do presente trabalho, cujo resultado se desdobra no entendimento de que o art. 3º do Código Penal não fora recepcionado pela CRFB, porquanto viola o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Nossa Carta Constitucional de 1988 não admitiu exceção a esse princípio.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal v.1 t.1*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal v.1. Parte Geral*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal v.1. tomo 1. arts. 1º ao 10*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal v.1. Parte Geral*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal v.1. Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal v.1. Introdução e Parte Geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro v.1. Parte Geral*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.