

022500721293-6

MIGUEL REALE JÚNIOR
Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

INSTITUIÇÕES DE DIREITO PENAL

PARTE GERAL
Vol. I

2ª Edição



Rio de Janeiro
2004

CAPÍTULO VI

LEI PENAL NO TEMPO

6.1. Nascimento, vida e morte da lei

A lei penal por ter vida, pois nasce, atua sobre a vida de relação e morre, está sujeita às vicissitudes do tempo. Nasce ao findar o prazo de *vacatio* que transcorre após ter sido publicada, sendo que a Lei de Introdução ao Código Civil estatui que é de 45 dias o prazo normal de *vacatio* para que a lei publicada entre em vigor, salvo disposição expressa em contrário. A data de nascimento de uma lei é, de conseguinte, o da sua vigência e não a da sua publicação.

A lei morre por ter sido ab-rogada ou inteiramente modificada por outra lei, ou se o tempo de sua existência, fixado em seu próprio texto, se esgota. A Lei Complementar n° 95, estatui que uma nova lei deve claramente especificar quais as normas que em razão da sua edição devem ser consideradas revogadas. Muitas vezes, no entanto, prefere o legislador a fórmula genérica de revogar as disposições em contrário, o que demanda análise qual a dimensão da incompatibilidade em virtude da qual se deve ter por revogada a lei velha, conforme dispõe o art. 1° da Lei de Introdução ao Código Civil. A lei nova também revoga a antiga se trata inteiramente da mesma matéria. A lei pode ser revogada parcialmente, ou seja, derogada quando apenas em parte considera-se abolida ou modificada pela lei nova.

Questão relevante surgiu referentemente ao Código de Defesa do Consumidor, que estatuiu normas incriminadoras relativas à relação de consumo, teve *vacatio legis* de seis meses, de setembro de 1990 a março de 1991. Neste interregno, foi publicada, com vigência imediata, a Lei n°

8.137, em dezembro de 1990, trazendo no seu bojo normas incriminadoras relativas, também, às relações de consumo. A lei posterior, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, pois sua vigência se deu depois, em março de 1991, revogou os dispositivos da Lei n° 8.137, por tratar inteiramente da mesma matéria, aplicando-se na espécie o disposto no art. 2° da Lei de Introdução ao Código Civil.

Parcela da Jurisprudência entende que houve apenas revogação parcial relativamente aos dispositivos da Lei n° 8.137/90 incompatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, o que não me parece cabível, pois o tratamento sistemático da matéria no Código de Defesa do Consumidor tem o significado de a absorver por inteiro, revogando-se inteiramente o capítulo acerca dos crimes contra as relações de consumo da Lei 8.137/90.

6.2. Irretroatividade e não ultra-atividade

Se durante a existência da lei vier a ser editada uma nova lei sobre a mesma matéria, cabe indagar se há hipótese em que a lei velha pode agir após sua revogação, bem como se há casos em que a lei nova retroage, e atua sobre relações ocorridas antes de sua vigência.

Trata-se, portanto, de saber se opera-se a ultra-atividade da lei velha ou a retroatividade da lei nova. A questão só pode ser respondida em face da natureza da lei nova e de sua relação com a lei velha eventualmente existente sobre a mesma matéria.

A lei nova em regra não retroage. Mas em virtude de princípios de ordem política pode a lei velha retroagir. A lei nova incriminadora, que cria uma figura penal jamais pode retroagir, pois como corolário do princípio da legalidade, visando a segurança do indivíduo frente ao Estado,¹ não se deve admitir a retroação. A retroatividade de norma incriminadora nova conduz à quebra do princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina (art. 1° do Código Penal). Do contrário, instala-se o arbítrio, pois o detentor do poder torna crime a ação lícita de ontem para alcançar os dissidentes, que tendo agido no campo da licitude, acorram no dia seguinte como autores de um delito recém definido.

1 BETTIOL, G., op. cit., p. 165, lembra que no Direito penal nazista admitia-se a retroação da lei nova incriminadora, pois o objetivo primacial era o da limpeza da raça, que deveria ocorrer mesmo diante de fato antes não incriminado, mas que em defesa do "são sentimento do povo alemão", passou a ser.

E, na verdade, se a norma penal incriminadora reveste-se de cunho imperativo e valorativo, é fácil verificar que sob os dois aspectos é impossível logicamente reconhecer-se a retroatividade. Não é admissível que se puna alguém por desrespeitar um comando que não existia.² Sob o aspecto valorativo também é inaceitável que o ato antes praticado, lesivo de um bem ou valor não tutelado juridicamente, venha a se considerar depois merecedor de pena para reafirmar este valor que, quando a ação foi praticada, não merecia proteção penal.

A ultra-atividade de norma incriminadora revogada sob ambos os aspectos também não se justifica, pois uma vez abolido o comando não existe qualquer desrespeito. E é injustificável que se pretenda punir para reafirmar um valor não mais considerado digno de tutela penal.

6.3. Hipóteses de retroatividade e de ultra-atividade

Mas como já disse há hipóteses em que a retroatividade e a ultra-atividade têm cabença: quando a norma nova ou a revogada é mais benigna. E quais são estas hipóteses?

A primeira hipótese ocorre quando a lei nova revoga uma norma incriminadora, devendo, então, retroagir para beneficiar o autor do fato anteriormente tido como delituoso, pois se o fato passa a ser irrelevante sob o aspecto penal não se justifica que o processo penal se desenrole ou que a condenação se execute ou mesmo que a condenação transitada em julgado surta os seus efeitos.³ É o que dispõe o art. 2º do Código Penal.

Se a lei nova não vem a abolir a figura delituosa, mas, por exemplo, comina a esta pena ou forma de execução da pena mais benéfica, de qualquer modo favorecendo o agente,⁴ deve ela retroagir e aplicar-se aos fatos anteriores, mesmo que já julgados, com condenação transitada em julgado. É o que estipula o art. 2º, parágrafo único do Código Penal.

2 BETTIOL, G., op. cit., p. 166.

3 FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal, nova parte geral*, Rio de Janeiro, Forense, 9ª ed., 1985, p. 103.

4 VARGAS, J. C. *Instituições de Direito Penal, parte geral*, tomo 1, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 106, exemplifica a maneira como pode a lei nova favorecer: prevendo regime penitenciário mais brando; estabelecendo fixação da pena mais favorável, ao eliminar a reincidência específica; criando causas de extinção da punibilidade; reduzindo os prazos prescricionais, prevendo causas de diminuição de pena.

Questões surgiram em face da Lei nº 9.099/95, que instituiu a transação penal, a suspensão do processo e a modificação do exercício da ação penal nos crimes de lesão corporal leve ou lesão corporal culposa, que passou a depender de representação.

Como esclarece HELENO FRAGOSO,⁵ o caráter privado, público condicionado ou público da ação penal é matéria penal e processual penal, pois envolve a possibilidade da decadência ou da preempção que extinguem a punibilidade. Se a ação penal relativa ao crime é privada e a nova lei a torna pública esta não retroage, pois mais prejudicial, impedindo a ocorrência por exemplo da preempção ou do perdão. Se a ação é pública e torna-se privada, a lei nova retroage, devendo propô-la a vítima. Se já oferecida a denúncia, cumpre ao particular ofendido assumir o direito de acusar em seis meses a contar da publicação da lei nova.

Se, como na hipótese da Lei nº 9.099/95, com relação a crimes de ação pública passou-se a exigir a representação, tal como sucedeu relativamente aos crimes de lesão corporal leve ou de lesão culposa, cabe saber se a ação ainda não foi proposta. Se assim for, a vítima deve em seis meses da publicação da lei manifestar-se sobre o interesse de promover a ação penal. Se a ação já foi proposta, deve prosseguir sob a titularidade do Ministério Público.

A disciplina normativa referente à transação penal e à suspensão do processo também retroage, mesmo que iniciado o processo,⁶ pois constituem ambas um benefício manifesto da possibilidade de não se instaurar a ação penal, devendo o Ministério Público manifestar-se se entende aplicável ao caso concreto, conforme a pena cominada, a transação ou a suspensão do processo. Passados quase sete anos da vigência da Lei nº 9.099, não devem mais haver situações em que o conflito da lei no tempo se efetive, mas a matéria deve ser examinada por seu interesse geral.

Se a ação delituosa foi praticada sob a égide da lei velha, que é mais benéfica que a lei nova, a lei revogada ultra-age, para fazer prevalecer a lei mais favorável.

Em suma, o princípio que rege as hipótese de retroatividade e ultra-atividade é o de que sempre se aplica a lei mais benigna, para salvaguardar direitos individuais e para adequar o fato às exigências de justiça.

5 Op. cit., p. 104.

6 Questão que foi relevante diz respeito à aplicação da suspensão do processo por ser mais benéfica, mas que importava também na suspensão da prescrição, durante o prazo da suspensão do processo. A respeito vide FERRARI, E. R. *Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 113 e ss.

6.4. Leis excepcionais e temporárias

A aplicação da lei no tempo encontra circunstâncias próprias frente às leis excepcionais, temporárias e as leis penais em branco. Quanto às leis excepcionais e temporárias o art. 3º do Código Penal estatui que “*embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram*”, aplicam-se estas leis aos fatos praticados durante a sua vigência. E não poderia ser diferente, sob pena de se esvaziar de conteúdo a norma excepcional ou temporária, que protegem valores a serem protegidos naquele período, e que deixariam de sê-lo se o agente viesse a contar com a retroação da lei penal comum, a ser restabelecida passado o período de vigência excepcional ou temporária da lei incriminadora.

A finalidade de reafirmação do valor importante de ser protegido naquele instante, bem como o fim de prevenção geral desapareceriam em face da retroatividade da lei penal comum, diante da qual o fato não é incriminado.

6.5. Lei penal em branco

A lei penal em branco consiste na norma incompleta cuja tipificação vem a ser completada por legislação editada posteriormente pelo poder Executivo ou pelo próprio Legislativo. A conduta, em seus dados essenciais, vem definida na lei penal, mas a especificação sobre quais objetos recai a ação é que é deferida a outra legislação, em geral de plano inferior, como regulamentos ou portarias do Executivo.

Assim, por exemplo, o tráfico ou o porte de entorpecente para uso próprio, normas que descrevem as condutas básicas, mas que devem ser completadas por portaria do Ministério da Saúde, mais propriamente hoje, da Agência de Vigilância Sanitária, especificando quais as substâncias consideradas entorpecente.

Se a lista de substâncias entorpecentes exclui uma substância antes constante do elenco, esta supressão torna o porte dessa substância penalmente irrelevante,⁷ é uma *abolitio criminis*, e, portanto, deve retroagir a nova disciplina regulamentar pois integra a norma penal completando-a.

7 Fato dessa natureza sucedeu recentemente quando se excluiu da lista o cloreto de etila, produto básico para o fabrico de plástico, mas base também para a elaboração do lança-perfume. Por engano o cloreto de etila que estava na lista de produtos absolutamente proibidos, inviabilizando a indústria de plástico, deveria passar para a lista de produtos entorpecentes controlados, mas foi incluído na lista de não entorpecentes a serem porém controlados, com o que se operou a descriminalização por poucos dias até o erro ser corrigido, mas retroagindo a disciplina normativa benéfica.

6.6. Crime permanente, habitual e continuado

Nos crimes permanentes e habituais cabe a aplicação da lei posterior mais gravosa, se editada enquanto os delitos estão *in fieri*, ou seja, não se perfizeram, e a sua consumação ainda não ocorreu. Sem analisar mais detalhadamente estas formas do delito, neste passo, basta dizer que o crime permanente é aquele no qual a ação de constrangimento ao bem jurídico perdura no tempo, como no crime de seqüestro, com a permanente limitação da liberdade da vítima, vindo o crime apenas a se consumir no momento em que o constrangimento cessa. No crime habitual a tipicidade só se efetiva pela reiteração da ação delituosa, pois uma só ação não corporifica o tipo penal, como sucede com o exercício ilegal da medicina.

Se durante a permanência da ação delituosa no seqüestro ou entre os atos que se reiteram no exercício ilegal da medicina sobrevêm lei penal mais gravosa é ela aplicável a estes delitos que se iniciaram sob a égide de lei anterior mais benéfica, pois a sua consumação se dá no império da lei nova prejudicial.

O crime continuado, como se verá adiante, não constitui uma unidade real e nem mesmo ficta, sendo apenas uma modulação da pena em virtude de menor culpabilidade, razão pela qual discordo da maioria dos autores, entendendo que o maior rigor de lei nova não pode retroagir.

6.7. A medida de segurança

A lei penal não exige expressamente que as medidas de segurança estejam sujeitas ao princípio da legalidade, entendendo-se todavia que ele prevalece com referência às mesmas, por dever ser regulada em lei, apenas não se exigindo a anterioridade do dispositivo legal disciplinador. De pouca valia, como ressalta JOSÉ CIRILO DE VARGAS, o princípio da legalidade sem a exigência da anterioridade.⁸ Quem defende esta posição sobrepõe à segurança jurídica, no caso da inimputabilidade e da semi-imputabilidade, os interesses do agente em ser submetido a medidas curativas e o da sociedade em ver tratado o doente mental, dotado de periculosidade.⁹

8 Op. cit., p. 114.

9 BRUNO, A., op. cit., p. 259. argumenta que não há retroatividade pois "a medida se estabelece não em razão do crime, que é passado, mas da periculosidade que existe no presente". Ocorre, contudo, que a inimputabilidade é de ser constatada como presente no momento da ação, é em virtude desta que se aplica a medida de segurança.

Dessa forma, se na formulação original, o Código Penal de 1940 estatuiu no art. 75 que “*as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução*”, tal dispositivo, todavia, foi excluído do código pela reforma de 1984, Lei nº 7.209/84.

Entendendo que a medida de segurança constitui uma sanção, e que o disposto no antigo art. 75 do Código Penal de 1940 foi eliminado, concluo que a medida de segurança por força do princípio da legalidade que rege todas as sanções penais aplica-se, também, à medida de segurança, como também o seu corolário obrigatório e logicamente inafastável, o princípio da anterioridade. Assim, deve se aplicar a disciplina relativa à medida de segurança vigente ao tempo do fato, e a lei nova retroage se mais benéfica ao agente.

6.8. O tempo do crime

O art. 4º do Código Penal dispõe que tem-se o crime por praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Esta conceituação introduzida pela Reforma de 1984 tem sua razão de ser, pois é no instante da ação que o agente se antepõe ao valor tutelado, e é neste mesmo instante que a contraposição entre o agente e a norma se concretiza, à norma que lhe deve ser aplicada.

Doutra parte, o resultado a que se refere o art. 4º do Código Penal é o resultado material, presente em apenas alguns delitos nos quais o evento externo se destaca da ação no tempo. Procedente, também, a ponderação de HELENO FRAGOSO, no sentido de que se fosse fixado como tempo do crime o resultado, uma ação lícita poderia quando adviesse o resultado ser considerada ilícita pela lei penal.¹⁰

6.9. Medida provisória

É assente que a lei penal não pode ser editada por Medida Provisória, aliás como dispõe hoje o próprio texto constitucional emendado. Pergunta-se se a Medida Provisória poderia revogar norma incriminadora ou esta-

¹⁰ FRAGOSO, H. C., *op. cit.*, p. 110.

belecer disciplina penal mais favorável. Entendo que não, pois a revogação estatuída ou a norma mais favorável entrariam em vigor imediatamente, inclusive com força retroativa e se não vier a ser aprovada cria-se uma situação de desigualdade em razão de uma lei provisória, que não foi acolhida pelo Legislativo, por exatamente contrariar o sentimento da Nação que o Congresso Nacional, bem ou mal, espelha. Por estes motivos a matéria penal deve estar excluída das medidas provisórias.