

# MATERIAL DE AULAS | TUDO DE PENAL

## DIREITO PENAL

Aula 4 | Lei penal no tempo

Caio Paiva

Resumo de aula feito pelo professor Caio Paiva

### 1. Introdução

- **CP, art. 2º, caput:** “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”.
- **CP, art. 2º, § único:** “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.
- **CP, 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”.
- **CP, art. 4º:** “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

### 2. Retroatividade/irretroatividade

- Temos, assim, o **princípio da irretroatividade da lei penal maligna** (*novatio legis in pejus*) e o **princípio da retroatividade da lei penal benigna** (*novatio legis in melius*).
- **Claus Roxin:** "A proibição de retroatividade goza de uma permanente atualidade político-jurídica pelo fato de que todo legislador pode cair na tentação de introduzir ou agravar *a posteriori* as previsões de pena sob a impressão de fatos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarme e excitação politicamente indesejáveis. Impedir que se produzam tais leis *ad hoc*, feitas à medida do caso concreto e que em sua maioria são também inadequadas no seu

# MATERIAL DE AULAS | TUDO DE PENAL

conteúdo como consequência das emoções do momento, é uma exigência do Estado de Direito”.

- **Nelson Hungria:** “Assim, no Direito Penal transitório, a lei mais favorável é extra-ativa: quando é a lei anterior, sobrevive à sua revogação (ultra-atividade); quando é a posterior, projeta-se no passado (retroatividade) (...). Em sentido inverso, a lei menos favorável não dispõe de qualquer extra-atividade: nem faz marcha-ré (quando é a posterior), nem persiste (quando é a anterior) no seu plus de gravidade, mesmo em relação aos fatos pretéritos”.
- **Modalidades de *novatio legis in pejus***
  - **Lei nova que criminaliza conduta anteriormente atípica:** não deve retroagir. A consciência da ilicitude da conduta, como elemento da culpabilidade, condiciona a possibilidade de responsabilização penal.
  - **Lei nova que agrava a punição de conduta já criminalizada:** não deve retroagir. Conforme apontam **Martinelli/Schmidt**, “todo cidadão tem o direito de saber quais os limites para agir conforme o direito e, em caso de extrapolar esses limites, quais sanções lhe poderão ser impostas”.
- **Modalidades de *novatio legis in melius***
  - **Abolitio criminis:** lei nova que descriminaliza uma conduta. Natureza de causa extintiva da punibilidade, nos termos do art. 107, III, do Código Penal (“pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”).
  - Diminuição da pena.
  - Reconhecimento de circunstâncias atenuantes.
  - Reconhecimento de causas de diminuição.
  - Instituição de benefícios/direitos da execução da pena.
  - Criação de causas extintivas de punibilidade.
  - Estabelecimento de novas condições de processabilidade.

### 3. Abolitio criminis

- **Consequências da *abolitio criminis* ou da descriminalização:** cessam todos os efeitos penais primários e secundários, permanecendo, porém, os efeitos de natureza extrapenal, como o dever de reparar o dano.

- **Abolitio criminis temporária:** expressão utilizada pelo STJ (REsp 1.311.408, j. 13.03.2013) e pelo STF (HC 96.168, j. 09.12.2008) para se referir a uma disposição do Estatuto do Desarmamento que permitia a regularização ou a entrega de armas de fogo durante determinado período, que foi prorrogado algumas vezes. Assim, durante o período em que o agente poderia entregar ou regularizar o armamento, a conduta seria atípica.

#### 4. Norma penal em branco e retroatividade

- **Retroatividade do componente da norma penal em branco:** o STF admite a constitucionalidade das normas penais em branco heterogêneas (RE 810.321, decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes de 17.6.2016). O STF também já decidiu que “**Em princípio**, o art. 3º do Código Penal se aplica à norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade. Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insuscetível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica” (HC 73.168, j. 21.11.1995).
- **Juarez Cirino dos Santos:** “Esse problema prático é resolvido pela retroatividade da lei penal benigna porque o complemento da lei penal em branco é elemento do tipo objetivo e, portanto, integra a lei penal, segundo a seguinte lógica: se o tipo de injusto não existe sem o complemento legal ou administrativo – e o Poder Legislativo, independentemente da inconstitucionalidade da delegação de poderes, autoriza a edição do complemento da lei penal, por outra lei ou por ato administrativo –, então o complemento é elemento do tipo de injusto e, na hipótese de complemento posterior mais favorável, retroativo”.
- **Caso do cloreto de etila (“lança-perfume”):** uma resolução da Anvisa retirou a substância da lista de drogas e isso permaneceu durante oito dias. Houve, portanto, uma alteração do complemento da norma penal em branco do tráfico de drogas. Neste sentido, o STF decidiu que “A edição, por autoridade competente e de

acordo com as disposições regimentais, da Resolução ANVISA Nº 104/2000, retirou o cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito durante a sua vigência, tornando atípicos o uso e tráfico da substância até a nova edição da Resolução, e extinguindo a punibilidade dos fatos ocorridos antes da primeira portaria, nos termos do art. 5º, XL, da CF” (HC 94.397, j. 9.3.2010).

### 5. Momento para aplicação da lei mais benigna

- **Martinelli e Leonardo:** “(...) não há razão para o período de *vacatio* constituir entrave à aplicação imediata da lei mais benéfica, quando o fundamental é preservar a liberdade pessoal. Eis o momento de prevalecer o princípio constitucional da proporcionalidade”.
- **Bitencourt:** “No momento em que é publicado um novo texto legal, este passa a existir no mundo jurídico, representa o novo pensamento do legislador sobre o tema de que se ocupa, produto, evidentemente, de novas valorações sociais. Assim, não sendo possível ignorar a existência do novo diploma legal, bem como as transformações que ele representa no ordenamento jurídico-penal, a sua imediata eficácia é inefável, e não pode ser obstaculizada a sua aplicação retroativa quando configurar lei penal mais benéfica, mesmo que ainda se encontre em *vacatio legis*”.

### 6. Impossibilidade de combinação de leis sucessivas

- **STF:** “É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, à pena relativa a condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes. O juiz, contudo, deverá, no caso concreto, avaliar qual das mencionadas leis é mais favorável ao réu e aplicá-la em sua integralidade” (RE 600.817, j. 7.11.2013).
- **STJ:** “É cabível a aplicação retroativa da Lei 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que

# MATERIAL DE AULAS | TUDO DE PENAL

o advindo da aplicação da Lei 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis” (Súmula 501).

## 7. Competência para aplicar a lei nova

- **Juiz de primeiro grau – processo de conhecimento:** até a prolação da sentença.
- **Instância recursal:** competência do Tribunal ao qual se destina o recurso.
- **Fase executória:** “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna” (Súmula 611).

## 8. Lei intermediária

- Lei vigente no momento da prática do crime
  - Lei vigente durante a persecução penal [**intermediária**]
    - Lei vigente no momento da sentença
- **Cezar Roberto Bitencourt:** "Problema interessante surge quando há uma sucessão de leis penais, e a mais favorável não é nem a lei do tempo do fato nem a última, mas uma intermediária, isto é, uma lei que não estava vigendo nem ao tempo do fato delitivo nem no momento da solução do caso. Um setor da doutrina considera que não pode ser aplicada a *lei intermediária*, pois a lei penal não se refere a ela expressamente, além do que não estava em vigor em nenhum momento essencial – nem do fato nem do julgamento. Contudo, de acordo com os princípios gerais do Direito Penal intertemporal, deve-se aplicar a lei mais favorável. Se a lei intermediária for a mais favorável, deverá ser aplicada. Assim, a lei posterior, mais rigorosa, não pode ser aplicada pelo princípio geral da irretroatividade, como também não pode ser aplicada a lei da época do fato, mais rigorosa. Por princípio excepcional, só poderá ser aplicada a lei intermediária, que é a mais favorável. Nessa hipótese, a lei intermediária tem dupla extra-atividade: é, ao mesmo tempo, retroativa e ultra-ativa!".
- **STF:** “Lei penal no tempo: incidência da norma intermediária mais favorável. Dada a garantia constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, é consensual na doutrina que prevalece a norma mais favorável, que tenha tido vigência entre a data do fato e a da sentença; o contrário implicaria retroação da

lei nova, mais severa, de modo a afastar a incidência da lei intermediária, cuja prevalência, sobre a do tempo do fato, o princípio da retroatividade in melius já determina” (RE 418.876, j. 30.3.2004).

## 9. Lei excepcional ou temporária

- **CP, 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".
- **Martinelli e Leonardo de Bem:** “A primeira é a lei editada para situações de calamidade, fora dos padrões normais, enquanto a segunda é a que entra em vigência por um tempo determinado, com data certa para cessar. Na verdade, pode-se afirmar que, apesar de nomenclaturas distintas, ambas são a mesma coisa, pois a lei penal temporária deve ser necessariamente excepcional, porque a regra é a lei penal por tempo indeterminado, enquanto a lei penal excepcional, por abranger situações passageiras de calamidade, deve ser temporária. Enfim, a lei excepcional é temporária e a lei temporária é excepcional”.
- Tem-se, portanto, uma **ultratividade** da lei excepcional ou temporária, que será aplicada aos fatos cometidos durante a sua vigência, ainda que decorrido o período da sua duração (lei temporária) ou cessadas as circunstâncias que a determinaram (lei excepcional).
- **Entendimento majoritário:** são compatíveis com a CF.
- **Exemplo de lei temporária:** a Lei Geral da Copa (Lei 12.663/2012), cujo art. 36 dispunha que “os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014”. Da mesma forma, a Lei Geral dos Jogos Olímpicos (Lei 13.284/2016), em que os tipos penais possuíram vigência entre 10/05 a 31/12 de 2016.

## 10. Retroatividade da jurisprudência

- Quando ocorre uma alteração da jurisprudência que beneficia o acusado - descriminalizando uma conduta ou melhorando a sua situação penal -, há retroatividade?

- **Defendendo a irretroatividade da jurisprudência benigna**
  - **Roxin:** “em relação à jurisprudência não vige a proibição de retroatividade, pois, se o Tribunal interpreta a norma de maneira mais desfavorável para o acusado, diverso do que havia feito na jurisprudência anterior, este tem de suportá-la, pois, conforme o seu sentido, essa nova interpretação não é uma punição ou agravação retroativa, mas a realização de uma vontade da lei, que já existia desde sempre, mas que apenas agora foi corretamente reconhecida”.
- **Defendendo a retroatividade da jurisprudência benigna**
  - **Juarez Tavares:** “(...) é possível afirmar que a alteração jurisprudencial só se aplicará a fatos cometidos depois de sua edição, se é em prejuízo do réu. Uma vez proibida a retroatividade *in malam partem*, resta claro que, com a mesma razão, ainda que os fundamentos de garantia aqui não entrem em consideração, mas sim aspectos de política criminal, deve-se postular a retroatividade *in bonam partem*, inclusive como meio de atualizar o direito e tornar equivalente a ordem jurídica, segundo as novas orientações científicas”.
- **Jurisprudência do STF/STJ:** não há um entendimento consolidado. Há decisões em ambos os sentidos.
- **Tendência:** modulação dos efeitos.

## 11. Tempo do crime

- **CP, art. 4º:** “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.
- **Adoção da teoria da atividade.**
- O resultado lesivo pode ocorrer ou se agravar num segundo momento, mas considera-se a lei vigente no momento da conduta. Assim, p. ex., uma tentativa de homicídio pode se tornar homicídio se a vítima, após alguns dias hospitalizada, vem a falecer como decorrência dos disparos de arma de fogo.
- **Crime permanente e crime continuado:** incide a lei penal mais grave se a sua vigência é anterior à cessação da permanência ou da continuação do crime (STF, Súmula 711).