

INTRODUÇÃO

O direito, que rege a vida dos homens, é formado por um complexo de normas jurídicas, ligadas a uma sanção cominada à sua violação. No prisma extrapenal, essa sanção assume formas múltiplas: nulidade do ato jurídico, reparação do dano, multa fiscal, demissão do funcionário público, etc. No âmbito penal, o Estado reage com dois tipos de sanção: pena e medida de segurança.

DEFINIÇÃO

Direito penal, segundo definição de Bettioli, é o complexo de normas positivas que disciplinam a matéria dos crimes e das penas. De acordo com o grandioso penalista, o direito penal deve limitar-se à matéria dos delitos e das penas, excluindo do seu conceito as medidas de segurança, que, no seu modo de ver, são uma questão extrapenal.

O Código Penal, porém, trata também das medidas de segurança, servindo-se delas como sanção, razão pela qual preferimos conceituar o direito penal como o conjunto de princípios e normas jurídicas estipuladas para combater o crime e a contravenção, através das penas e das medidas de segurança.

FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

O direito penal tem duas funções básicas: proteção dos bens jurídicos e manutenção da paz social.

Bens jurídicos são os valores ou interesses do indivíduo ou da coletividade, reconhecidos pelo direito.

CARACTERES DO DIREITO PENAL

O direito penal apresenta os seguintes caracteres:

a) É um ramo do direito público: porque suas normas são indisponíveis, impondo-se a todos obrigatoriamente, e por ser o Estado o titular exclusivo do *jus puniendi*, figurando como sujeito passivo constante nas relações jurídico-penais. Na ação penal privada, a proteção do bem jurídico também é do interesse do Estado. Este delega ao particular apenas o *jus perseguendi in judicio*, e não o *jus puniendi*.

b) É uma ciência: porque as suas normas encontram-se sistematizadas por um complexo de princípios. Toda ciência do direito chama-se dogmática jurídica, visto que seu objeto é o estudo das normas em vigor. A ciência do direito penal é chamada dogmática jurídico-penal, cujo objeto deve concentrar-se, preponderantemente, nas leis penais em vigor. A dogmática jurídico-penal brasileira é composta pelo Código Penal e pela legislação penal extravagante.

c) É fragmentário: porque não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, recaindo a criminalidade apenas sobre os fatos contrastantes dos valores mais elevados do convívio social.

Discute-se ainda se o direito penal tem caráter sancionatório ou constitutivo.

A concepção autonomista, também chamada constitutiva, autônoma ou originária, afirma a independência do direito penal em relação aos demais ramos do direito. Consoante essa concepção, as normas penais nascem independentemente de outras normas jurídicas, elaborando conceitos nem sempre fixados por outros ramos do direito, como sursis, livramento condicional, maus-tratos a animais, etc.

De outro lado acha-se a concepção sancionatória, que vislumbra no direito penal um complexo de normas de reforço à tutela de valores pertencentes a outros ramos do direito.

Filiamo-nos a esta última corrente. O fato ilícito, quando chega ao extremo de transformar-se em crime, é porque encontra também proibição noutra norma jurídica de natureza extrapenal (constitucional, civil, administrativa, comercial etc.). O direito penal é sancionatório, no sentido de complementar a eficácia de proteção ao bem jurídico estatuída por outras normas. Assim, por exemplo, a criminalização do furto é um complemento à tutela que o direito civil confere à propriedade.

DIREITO PENAL OBJETIVO E SUBJETIVO

Direito penal objetivo é a legislação penal em vigor.

Direito penal subjetivo é o *jus puniendi*, isto é, o direito de punir. Esse direito, que é exclusivo do Estado, surge quando o criminoso viola a norma penal.

ESCOLAS PENAIS

INTRODUÇÃO

Dá-se o nome de “escolas penais” ao pensamento jurídico-filosófico acerca da etiologia do delito e dos fundamentos e objetivos do sistema penal.

Destacam-se, a rigor, duas escolas, a clássica e a positiva, cada qual apregoando uma visão diferente sobre o fundamento da responsabilidade penal do criminoso, divergindo ainda quanto ao conceito de crime e finalidade da pena.

As outras escolas, lembra Aníbal Bruno, são, em geral, posições de compromisso, que participam, com maior ou menor coerência, das duas principais. Não são propriamente novas escolas.

PARALELO ENTRE A ESCOLA CLÁSSICA E A ESCOLA POSITIVA

Os clássicos priorizam o princípio da retribuição da pena, adotando as teorias absolutas e mistas, ao passo que os positivistas justificam a pena no princípio da prevenção especial, acatando as teorias relativas, que eliminam da pena toda pecha de castigo.

Os clássicos não aceitam o criminoso nato. Todos os homens são iguais. Ninguém nasce vocacionado para o crime. O que o produz é a vontade do agente, isto é, o livre-arbítrio.

Os positivistas apregoam a existência de um criminoso nato, isto é, de um ser anormal. Não aceitam a responsabilidade moral decorrente do livre-arbítrio. O crime é produzido por fatores biológicos, físicos e sociais. A vontade humana não é causa dos nossos atos.

A Escola Clássica não estuda o perfil do criminoso, porque todos os homens são iguais, ao passo que a Escola Positiva enfatiza mais o criminoso que o delito, destacando a periculosidade como fator essencial à fixação dos problemas referentes à prevenção e repressão.

Para os clássicos, o enfermo mental não responde pelo delito, porque lhe falta o livre-arbítrio. Para os positivistas, o enfermo mental deve ser sancionado, porque põe em perigo a sociedade. Assim, para a Escola Clássica, a imputabilidade decorre do livre-arbítrio, isto é, da vontade livre do homem, ao passo que para a Escola Positiva a imputabilidade é social, isto é, advém do fato de viver em sociedade, de modo que a responsabilidade penal é a responsabilidade social, tendo por base a periculosidade.

DIREITO PENAL DO INIMIGO

INTRODUÇÃO

Após a destruição do World Trade Center em Nova York, Estados Unidos, também denominado Torres Gêmeas, num ataque terrorista no dia 11 de setembro de 2001, o combate à criminalidade organizada, sobretudo ao terrorismo, atingiu, nos Estados Unidos da América e em alguns países da Europa, rigor extremo, a ponto de se instalar o que Jakobs tem chamado de “direito penal do inimigo”, isto é, normas jurídico-penais que se afastam das garantias e princípios do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de um retrocesso à história do Direito Penal, porquanto, no passado, aliás não muito remoto, como se sabe, sempre reinou, com todo vapor, a política criminal de declaração de guerra ao criminoso, tratando-o como inimigo, visando a sua eliminação.

A humanidade, contudo, avançou e, a partir do Iluminismo, as garantias materiais e processuais foram, aos poucos, introduzidas e enraizadas no direito ocidental como elementos irrenunciáveis do Estado de Direito, não obstante algumas recaídas históricas.

CONCEITO

Direito Penal do Inimigo é o conjunto de princípios e normas elaboradas sem as garantias materiais e processuais inerentes ao Estado Democrático de Direito, aplicáveis apenas aos criminosos que registram perfil previamente definido, visando, com isso, a sua eliminação ou inocuidade da sociedade.

Foi idealizado pelo penalista alemão Gunther Jakobs, catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito pela Universidade de Bonn, Alemanha.

Referido penalista apregoa que devem existir duas espécies de direito penal, a saber:

a) direito penal normal ou do cidadão: é o que está de acordo com o Estado Democrático de Direito, assegurando-se ao criminoso as garantias materiais e processuais, mantendo-o dentro da normalidade do direito em atenção ao objetivo da pena, que é recuperá-lo e trazê-lo de volta ao convívio social;

b) direito Penal do Inimigo: é o que se desvia dos princípios e das garantias jurídicas liberais do Estado Democrático de Direito, constituindo um corpo punitivo especial no qual a pena não visa recuperar o delinquente tachado de “inimigo”, e sim eliminá-lo ou inocuíz-lo do convívio social.

A primeira questão com que nos deparamos é a linha divisória entre o criminoso-inimigo e o criminoso-cidadão.

Sobre o assunto, Silva Sanches ensina que a conversão do cidadão em inimigo verifica-se quando nele se reúnem os seguintes caracteres: reincidência, habitualidade criminosa, profissionalismo delitivo e integração em **organização criminosa**.

O inimigo, como se sabe, é o indivíduo que, por princípio, não segue as normas do ordenamento jurídico e, a todo instante, procura subvertê-las, encontrando-se, pois, como a personalidade deturpada a tal ponto que dele já não se espera mais nada senão os contínuos ataques à ordem jurídica, descartando-se, por completo, qualquer expectativa de um dia comportar-se dentro dos postulados do Direito e, por isso mesmo, segundo Jakobs, representa um perigo à vigência do ordenamento jurídico, um problema que o Direito Penal comum não consegue mais resolver, justificando-se, destarte, a incidência de um conjunto de princípios e regras diferenciados, visando eliminá-lo ou inocuíz-lo do seio da sociedade.

O mesmo fato criminoso, seja homicídio, extorsão, lesão corporal ou outro delito, pode gerar tanto a intervenção do Direito Penal do cidadão quanto a do Direito Penal do Inimigo, conforme quem o tenha praticado.

Vê-se assim que o Direito Penal do Inimigo inspira-se na culpabilidade de autor, que reprova o homem pelo que ele é e não pelo que ele fez. Portanto, não é o fato criminoso em si que forma o alicerce do Direito Penal do Inimigo e sim o conteúdo da personalidade do criminoso, revelada pelo profissionalismo delituoso, habitualidade criminosa e participação em **organização** criminosa. Em contrapartida, o direito penal do cidadão inspira-se na culpabilidade de ato, que é a que reprova o homem pelo que ele fez, isto é, a sua ação, na medida da possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto.

FINS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal comum ou do cidadão procura propiciar a reinserção social do criminoso, porquanto a pena funciona como sanção por um fato pretérito, tendo o efeito compensatório do dano ocasionado à vigência da norma.

Em contrapartida, o Direito Penal do Inimigo tem a finalidade de exclusão ou inocuização do inimigo, considerando-o irrecuperável, porque ele se rebela de forma permanente, e não meramente incidental, contra o direito, funcionando, destarte, a pena como meio de prevenção de fatos futuros.

CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

No âmbito do direito material:

a) incriminação exacerbada de atos preparatórios. Estes atos, em regra, não são objeto de preocupação do direito penal comum, tendo em vista a ausência de perigo concreto ao bem jurídico.

b) cominação de penas desproporcionais em dois aspectos. O primeiro é a previsão de penas idênticas para os atos preparatórios, tentados e consumados. O segundo é a agravação exacerbada da pena pelo simples fato de o indivíduo pertencer a uma **organização** criminosa.

c) rotulagem das leis penais como “leis de luta ou de combate”, transformando a legislação penal em uma legislação de luta.

No plano processual:

a) quando a legislação admite a restrição ou supressão das garantias processuais dos acusados. Exemplos: ampliação das interceptações das comunicações; incomunicabilidade do preso; violação da presunção de inocência; ampliação do prazo de prisão temporária; admissibilidade da tortura em determinadas situações, etc.

b) no aspecto do cumprimento da pena, o Direito Penal do Inimigo tem por característica a consagração do rigor penitenciário, como, por exemplo, o isolamento considerável do preso.

Vê-se assim que o Direito Penal do Inimigo é regido pela coação física, dentro daquela ideia de que os fins justificam os meios, construindo-se, dentro desse paradigma, uma ordem punitiva excepcional, que tem o inimigo como destinatário, distinguindo-se do direito penal comum, que trata

o criminoso como pessoa.

A rigor, o Direito Penal do Inimigo não é direito, mas, sim, pura força, uma manifestação do poder superior, porquanto o direito não se impõe pela força física, mas pela obrigatoriedade de suas normas.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

A Constituição Federal brasileira consagra o Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º, destacando-se, dentre os seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana.

Não há, pois, alicerce jurídico para que o Direito Penal do Inimigo finque em solo brasileiro as suas raízes venenosas.

As diretrizes da política criminal desse direito de guerra ferem inúmeros princípios constitucionais, afrontando o Estado Democrático de Direito, sendo, por isso, rechaçado pela doutrina dominante.

Todavia, não se pode negar que algumas normas do direito penal brasileiro estão também contaminadas pelo Direito Penal do Inimigo, como é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado (art. 52 da Lei n. 7.210/84); a incomunicabilidade do preso (art. 21 do CPP); a lei do abate de aeronaves (art. 303 da Lei n. 7.565/86) e outras. Até antes do advento da Lei n. 11.464/2007 era proibida a progressão de regimes em delitos hediondos, o que representava a inocuidade do criminoso, sendo, pois, mais uma manifestação do Direito Penal do Inimigo, mas, atualmente, esses delitos admitem a progressão de regime.

As normas citadas acima, contudo, não são suficientes para se dizer que reina no Brasil o Direito Penal do Inimigo, pois as garantias processuais encontram-se asseguradas e nenhuma política criminal se sustenta validamente fora delas.

Vale ainda lembrar que resta a esperança de estas poucas normas virem a ser declaradas inconstitucionais, por evidente atropelamento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, na vigência do estado de defesa e do estado de sítio, previstos nos arts. 136 e 137 da Constituição Federal, exacerbam-se as restrições aos direitos de reunião, de sigilo de correspondência ou de comunicações telegráficas e telefônicas, admitindo-se, inclusive, a decretação de prisão sem ordem judicial.

Trata-se, porém, de uma situação extraordinária insuscetível de transformar o direito penal brasileiro em Direito Penal do Inimigo, porque as principais garantias processuais são mantidas, preservando-se a dignidade da pessoa humana.

O máximo que se pode dizer é que, durante o estado de defesa e o estado de sítio, vigora um direito penal do cidadão com sinais acentuados do Direito Penal do Inimigo.

FONTES DO DIREITO PENAL

CONCEITO

No sentido jurídico, fonte indica a origem e a forma de manifestação da norma jurídica.

As fontes do direito subdividem-se em: fontes materiais e formais.

FONTES MATERIAIS

Fonte material, também chamada substancial ou de produção, é o órgão encarregado de elaborar o direito penal.

A norma penal nasce do Poder Legislativo da União, pois compete à União legislar privativamente sobre o direito penal (art. 22, I, da CF). Todavia, os Estados-Membros, desde que autorizados por lei complementar, também podem legislar sobre questões específicas de direito penal (CF, parágrafo único do art. 22).

No campo das normas penais não incriminadoras, admite-se que a consciência do povo, por refletir as necessidades sociais e a realidade cultural, edite a chamada norma costumeira.

Resumindo: as fontes de produção do direito penal são a União e os Estados-Membros, que elaboram a norma escrita (lei), bem como a consciência do povo, donde provém a norma costumeira.

FONTES FORMAIS

Fonte formal ou de cognição é a maneira pela qual se exterioriza o direito penal.

Distingue-se em:

a) fonte formal imediata: é a lei.

b) fonte formal mediata ou secundária: costume, princípios gerais do direito e ato administrativo.

Sobre a fonte imediata, que é a lei, falaremos por ocasião da análise do princípio da reserva legal.

Fontes formais mediatas:

Costume

Costume é a repetição da conduta, de maneira constante e uniforme, em razão da convicção de sua obrigatoriedade. O costume requer dois elementos: o objetivo (repetição do comportamento) e o subjetivo (convicção de sua obrigatoriedade).

O costume não pode ser usado para criar crimes e aplicar penas. Se o fato não está definido em lei como crime ou contravenção, exclui-se a incidência do direito penal. Todavia, no campo das normas penais não incriminadoras, o costume pode dar vida a novas causas de exclusão da ilicitude, e até da culpabilidade.

Princípios gerais do direito

Os princípios gerais do direito não podem ser fontes de in-criminação de condutas. Porém, no campo das normas não incriminadoras, esses princípios podem ampliar as causas de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade.

Divergem os juristas em torno do que se deve entender por princípios gerais do direito. De acordo com Serpa Lopes, os critérios propostos pela doutrina são os seguintes:

- a) os princípios gerais do direito são os relacionados ao próprio direito de cada país;
- b) os princípios gerais do direito são os provindos do direito natural, ensinados pela ciência, admitidos pela consciência geral como preexistentes a toda lei positiva;
- c) os princípios gerais do direito são os princípios de equidade;
- d) os princípios gerais do direito são os preceitos básicos do direito romano.

A nosso ver, princípios gerais do direito são os postulados que compõem o substractum comum a diversas normas jurídicas. São as premissas éticas que inspiram a elaboração das normas jurídicas.

Ato administrativo

Luiz Vicente Cernicchiaro inclui, acertadamente, os atos administrativos entre as fontes formais mediatas do direito penal. De fato, em algumas normas penais em branco, o complemento da definição da conduta criminosa depende de um ato da Administração. Assim, o delito de omissão de notificação de doença, previsto no art. 269 do CP, é um ato administrativo que elenca o rol das doenças cuja notificação é compulsória. Os atos administrativos, e em especial os regulamentos, ensina Sebastian Soler, podem ser fonte mediata do direito penal no sentido de que a eles pode referir-se uma lei penal em branco.

Doutrina, jurisprudência e tratados

Alguns autores têm elencado, entre as fontes formais mediatas do direito penal, a doutrina, a jurisprudência e os tratados e convenções internacionais. Não comungamos, porém, desse entendimento.

Doutrina é o comentário dos juristas que tem por objetivo o estudo da norma penal. Sem embargo da influência exercida sobre legisladores e magistrados, a doutrina não tem força obrigatória, não podendo, assim, figurar como fonte do direito penal.

Jurisprudência é o conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido, prolatadas de maneira uniforme e constante. Nem toda decisão judicial constitui jurisprudência. Urge que a decisão se repita de maneira uniforme e constante. A jurisprudência não é fonte do direito. Nenhum juiz é obrigado a obedecê-la.

Finalmente, os tratados e convenções internacionais, uma vez celebrados, ainda não se incorporam ao ordenamento jurídico interno, de modo que é impossível relacioná-los como fonte do direito penal. A Constituição da República exige que, depois de celebrados pelo Presidente da República, os tratados e as convenções sejam re-cepcionados pelo Congresso Nacional, através de Decreto Legislativo (art. 49, I). Enquanto não referendados pelo Congresso Nacional, o tratado ou a convenção não têm força, sendo inviável enquadrá-los como fontes do direito penal. Todavia, após o referendado, passam a ser fonte como a lei. Anote-se, porém, que, na área penal, tendo em vista o princípio da reserva legal, os tratados, conquanto ratificados, não têm o condão de criar delitos ou penas, salvo quando versarem sobre direitos humanos, porquanto, nessa última hipótese, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, galgaram o status de norma constitucional. Nada obsta, contudo, ampliem o campo da licitude, editando normas penais permissivas.

LEI PENAL

INTRODUÇÃO

A lei é a fonte formal mais importante do direito penal, pois só ela pode criar delitos e penas.

A lei penal incriminadora é estruturada da seguinte forma:

- a) Preceito primário:** contém a definição da conduta criminosa;
- b) Preceito secundário:** contém a sanção penal.

No delito de homicídio, por exemplo, o preceito primário é “matar alguém”, ao passo que o preceito secundário se expressa na fórmula “pena: reclusão de seis a vinte anos”.

Binding dizia que, na técnica legislativo-penal, o criminoso não viola a lei, pois a sua conduta amolda-se na definição do crime. Quando “mata alguém”, o criminoso age em conformidade com a lei, violando, por sua vez, a norma (“não matar”). Ele distinguia a norma penal da lei penal. A primeira é a regra imperativa que está implícita na lei (ex.: “não matar”). A segunda é a regra descritiva da conduta criminosa. Dizia que, enquanto a lei cria o delito, a norma cria o ilícito.

Não concordamos com Binding. Com efeito, ao violar a norma o criminoso está também infringindo a lei. Não é possível dissociar a lei da norma; esta é o conteúdo daquela. Na verdade, a lei é a fonte da norma; a norma, o conteúdo da lei. Toda lei contém uma norma, que é a regra de conduta a ser observada.

Por outro lado, se é verdade que toda lei contém uma norma, nem toda norma está contida na lei, porque o direito consuetudinário, ao lado dos atos administrativos, também contém suas normas. Do exposto se conclui que o direito não é um complexo de leis, mas um complexo de normas que regulam a vida social.

CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS PENAIS

As leis penais classificam-se em:

1. Leis penais incriminadoras: são as que criam crimes e cominam penas. Estão contidas na Parte Especial do CP e na legislação penal extravagante.

2. Leis penais não incriminadoras: são as que não criam crimes nem penas.

Subdividem-se em:

a) Leis penais permissivas: são as que autorizam o cometimento de certas condutas típicas. Exemplos: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal (art. 23 do CP). Ainda são encontradas na Parte Especial do CP, embora com escassez (ex.: arts. 128 e 142).

b) Leis penais exculpantes: são as que estabelecem a inculpaabilidade do agente ou a impunidade de certas condutas típicas e antijurídicas. Exemplos: doença mental (art. 26, caput), menoridade (art. 27), prescrição (art. 107, IV), perdão judicial (art. 107, IX) etc. Também existem na Parte Especial do CP (ex.: arts. 312, § 3º, 1ª parte, 342, § 2º etc.).

c) Leis penais interpretativas: são as que esclarecem o conteúdo de outras leis. Exemplos: os conceitos de “funcionário público” (art. 327) e “casa” (art. 150, § 4º); a que prevê a contagem de prazo (art. 10); a que conceitua “causa” (art. 13, 2ª parte), etc.

d) Leis penais de aplicação ou finais complementares: são as que fixam os limites da validade das leis incriminadoras. Exemplos: arts. 2º e 5º do Código Penal.

e) Leis diretivas: são as que estabelecem os princípios de determinada matéria. Exemplo: princípio da reserva legal (CP, art. 1º). Essas leis são mais fortes do que as demais. Com efeito, na hipótese de dúvida acerca da adoção de uma ou outra interpretação, o hermeneuta deve adotar a exegese que mais atenda ao princípio contido na sobredita lei diretiva.

3. Leis penais de extensão ou integrativas: são as que complementam a tipicidade do fato em relação à tentativa e ao partícipe. Exemplos: arts. 14, II, e 29 do CP.

4. **Leis penais completas:** são as que definem todos os elementos da conduta criminosa. Exemplo: art. 121 do CP.

5. **Leis penais incompletas:** são as que reservam o complemento da definição da conduta criminosa a outra lei, a um ato administrativo ou ao magistrado. São as normas penais em branco e os tipos penais abertos.

CARACTERÍSTICAS

A lei penal apresenta os seguintes caracteres:

a) Exclusividade: só a lei pode criar delitos e penas.

b) Imperatividade: sua violação é sancionada com pena. Já a violação das leis não incriminadoras, por desídia dos órgãos encarregados de aplicá-la, também contém sanções jurídicas (p. ex.: indenização por erro judiciário).

c) Generalidade: dirige-se indistintamente a todas as pessoas.

d) Impessoalidade: dirige-se abstratamente a fatos futuros. Cumpre, porém, anotar que a lei de anistia e a *abolitio criminis* dirigem-se a fatos concretos.

LEI PENAL EM BRANCO

Lei penal em branco é aquela cuja definição da conduta criminosa é complementada por outra norma jurídica. Seu preceito secundário (*sanctio juris*) é completo, mas o preceito primário carece de complementação. Classifica-se em:

a) Lei penal em branco em sentido lato ou fragmentária: ocorre quando o complemento emana do mesmo órgão que elabora a norma incriminadora. Assim, no delito de apropriação de tesouro, previsto no art. 169, parágrafo único, I, do CP, o complemento da lei penal é fixado pelo Código Civil, quando define tesouro (arts. 1.264 a 1.266). Da mesma forma, no delito de contrair casamento com violação dos impedimentos absolutos (art. 237 do CP), o complemento é fornecido pelo Código Civil, que elenca esses impedimentos (art. 1.521). Note-se que o complemento, nesses dois exemplos, emana do mesmo órgão que elabora a lei penal, qual seja, a União. De acordo com o art. 22, I, da CF compete à União legislar sobre direito civil e direito penal.

b) Lei penal em branco em sentido estrito: ocorre quando o complemento emana de órgão distinto daquele que elaborou a norma penal. Nos delitos da Lei n. 11.343/2006, o rol das substâncias entorpecentes é especificado pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde.

O complemento da lei penal em branco passa a integrar a norma penal. É como se fosse “corpo e alma”.

Finalmente, enquanto no tipo aberto a definição da conduta criminosa é complementada pelo magistrado, na norma penal em branco o complemento advém de outra lei ou ato administrativo.

INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

CONCEITO E OBJETO

Interpretação é a atividade mental que procura estabelecer o conteúdo e significado contido na lei.

A ciência que disciplina e orienta a interpretação das leis é chamada de hermenêutica jurídica.

Toda lei, por mais clara que seja, deve ser necessariamente interpretada. Sobremais, a clareza só aflora após uma interpretação.

O objeto da interpretação é a busca da vontade da lei, e não do legislador. Uma vez promulgada, a lei se desvincula do pensamento daqueles que a elaboraram. A lei é movida pelo mesmo dinamismo que transforma a realidade social, devendo ajustar-se às novas situações e concepções, sob pena de revelar-se obsoleta. Se ficasse submissa à vontade do legislador, a sua vida seria curta diante dos constantes avanços sociais.

INTERPRETAÇÃO QUANTO AO SUJEITO

Quanto ao sujeito que a realiza, a interpretação pode ser: autêntica, doutrinária e judicial.

a) Interpretação autêntica ou legislativa: é a que emana do próprio legislador quando edita uma norma com o objetivo de esclarecer o conteúdo de outra. É a chamada lei interpretativa. Essa interpretação tem força obrigatória. Exemplos: o conceito de causa (art. 13 do CP) e o conceito de funcionário público (art. 327 do CP). A interpretação autêntica pode ser:

- **contextual:** é a que se realiza no próprio texto da lei;
- **posterior:** é quando a lei interpretativa surge depois da lei interpretada.

A lei interpretativa posterior tem eficácia retroativa (*ex tunc*), ainda que milite contra o réu; só não abrange os casos definitivamente julgados. A lei interpretativa não cria situação nova; ela simplesmente torna obrigatória uma exegese que o juiz, antes mesmo de sua promulgação, já podia adotar. Não há qualquer discrepância na doutrina no sentido de que a lei interpretativa posterior retroage até a data da entrada em vigor da lei interpretada. Se, por exemplo, esta comporta duas interpretações, uma favorável e outra prejudicial ao réu, o advento de uma lei interpretativa, adotando a exegese gravosa, torna obrigatória a sua aplicação aos processos ainda não transitados em julgado. Cumpre, porém, não confundir lei interpretativa, que simplesmente opta por uma exegese razoável, que já era admitida antes de sua edição, com lei que cria situação nova, albergando exegese até então inadmissível. Neste último caso, se prejudicial ao réu, não poderá retroagir.

b) Interpretação doutrinária ou científica: é a oriunda da doutrina, isto é, dos teóricos do direito penal. Não tem força obrigatória.

c) Interpretação judicial ou jurisprudencial: é a realizada pelos magistrados na decisão do caso concreto. Não tem força obrigatória, salvo para o caso concreto, quando a sentença que a adotou transitar em julgado. É também obrigatória, vinculando todos os magistrados, a decisão do STF declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, no controle por via de ação direta. Já no controle por via de exceção, uma vez declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, a lei só perde a eficácia quando o Senado, por resolução, suspender sua aplicação.

Com o ingresso no ordenamento jurídico pátrio do polêmico instituto da súmula vinculante do STF. Com efeito, dispõe o art. 103-A da Emenda Constitucional n. 45/2004 que o STF poderá, de ofício

ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou ao seu cancelamento, na forma estabelecida em lei. No §1º dispõe que a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. O § 2º estabelece que, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação de inconstitucionalidade. E em seu § 3º que, do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao STF, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Finalmente, a Exposição de Motivos do Código Penal não é interpretação autêntica, pois não é lei. É uma simples interpretação doutrinária. Não tem, portanto, força obrigatória.

INTERPRETAÇÃO QUANTO AOS MÉTODOS

A interpretação é um processo unitário, desenvolvido, sucessivamente, por dois métodos: o gramatical e o lógico.

a) Interpretação gramatical ou literal: prende-se à análise sintática das palavras, esclarecendo se o termo foi empregado no sentido vulgar (ex.: animal — art. 164 do CP), jurídico (ex.: cheque - art. 171, § 2º, VI, do CP) ou jurídico-penal (ex.: funcionário público - art. 327 do CP). A interpretação lógica ou teleológica visa desvendar a finalidade da lei (*ratio legis*). De acordo com o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

b) Interpretação teleológica: na busca do verdadeiro escopo da lei, serve-se dos seguintes elementos:

- **Histórico:** analisa a realidade social existente ao tempo da promulgação da lei, bem como os trabalhos, discussões e debates que a antecederam. Todavia o que importa é o significado atual da norma, e não o seu sentido pretérito.
- **Sistemático:** analisa a coerência entre a lei interpretada e os outros dispositivos legais, buscando extrair uma harmonia entre ela e a ordem jurídica como um todo. Confronta-se a lei interpretada com as outras, procurando harmonizá-la com o sistema jurídico. Uma lei não deve ser interpretada isoladamente, mas em conjunto com as demais. Nessa interpretação, a rubrica, isto é, o *nomen juris* do delito, acaba exercendo importante papel.
- **Direito comparado:** analisa a interpretação dada pelo direito estrangeiro sobre uma lei semelhante à nacional.
- **Extrajurídico:** analisa o significado do termo à luz da medicina, filosofia, química etc. Exemplos: as expressões “doença mental” (psiquiatria) e “veneno” (química).

INTERPRETAÇÃO QUANTO AO RESULTADO

Quanto ao resultado ou conclusão obtida, a interpretação pode ser: declaratória, extensiva,

restritiva e ab-rogante.

a) Interpretação declaratória: é a que apresenta coincidência entre o texto e a vontade da lei. É uma interpretação normal, sem tropeços; nada há a suprimir ou acrescentar.

b) Interpretação extensiva: é a que amplia o texto da lei, adaptando-o à sua real vontade. Ocorre quando a lei disse menos do que quis (*minus dixit quam voluit*). Exemplo: o art. 159 do CP, que prevê o crime de extorsão mediante sequestro, contém também, implicitamente, o delito de extorsão mediante cárcere privado. Na interpretação extensiva, o fato está implicitamente previsto no texto da lei. É admissível o seu emprego até mesmo nas normas penais incriminadoras. Aplicam-se, para justificar a interpretação extensiva, os argumentos da lógica dedutiva: a) *argumento a fortiori*, se a lei prevê um caso deve estendê-la a outro caso em que a razão da lei se manifeste com maior vigor; b) *argumento a maiori ad minus*, o que é válido para o mais deve também ser válido para o menos; c) *argumento a minori ad maius*, o que é proibido para o menos é proibido para o mais (ex.: se é crime a bigamia, com maior razão há de incriminar-se a poligamia).

c) Interpretação restritiva: é a que diminui a amplitude do texto da lei, adaptando-o à sua real vontade. A lei disse mais do que quis (*plus dixit quam voluit*).

d) Interpretação ab-rogante: é aquela em que, diante da incompatibilidade absoluta e irreduzível entre dois preceitos legais ou entre um dispositivo de lei e um princípio geral do ordenamento jurídico, conclui-se pela inaplicabilidade da lei interpretada.

O PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO”

O princípio *in dubio pro reo* é característico do campo das provas, em que o juiz, na dúvida, deve absolver o acusado. Excepcionalmente, porém, na análise das provas, vigora o princípio *in dubio pro societate*: a) no momento do oferecimento da denúncia; b) no momento da sentença de pronúncia; c) no julgamento da revisão criminal.

No concernente à interpretação das leis, o princípio *in dubio pro reo* não representa papel importante. O juiz, na dúvida entre uma e outra interpretação, não é obrigado a escolher a exegese mais favorável ao réu. Desde que ambas sejam igualmente razoáveis, o magistrado é livre para decidir.

Se, todavia, pairar dúvida insolúvel sobre qual entre as interpretações possíveis é a mais razoável, o juiz deve empregar o *in dubio pro reo*, acatando a exegese mais favorável. Frise-se, porém, que apenas na hipótese de dúvida invencível pelos métodos hermenêuticos aplica-se, como último recurso exegético, o princípio *in dubio pro reo* ou *in dubio pro mitiore*.

INTERPRETAÇÃO PROGRESSIVA

Interpretação progressiva, também chamada adaptativa ou evolutiva, é a que amolda a lei à realidade atual. Na verdade, toda interpretação deve ser progressiva, sob pena de a lei desvirtuar-se dos fins sociais e das exigências do bem comum.

É claro que a interpretação evolutiva não é direito livre. Com efeito, o juiz não pode criar normas jurídicas; veda-lhe o princípio da separação dos Poderes. O intérprete, porém, deve adaptar os termos da lei às concepções atuais.

INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU “INTRA LEGEM”

Admite-se a interpretação analógica quando o texto da lei abrange numa fórmula genérica os fatos semelhantes aos enunciados numa fórmula casuística. Nesse caso, o intérprete, ainda que se trate de norma penal incriminadora, deve estender o texto da lei ao fato semelhante.

O homicídio é qualificado se cometido: à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (art. 121, § 2º, IV, do CP).

A fórmula casuística ou exemplificativa é composta pela traição, emboscada e dissimulação.

A fórmula genérica é composta pela expressão “ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”. Assim, qualquer outro recurso que assuma esse perfil, como, por exemplo, a surpresa, qualifica o homicídio.

DISTINÇÃO ENTRE ANALOGIA, INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA

→ **Na analogia:** o fato não está focalizado em lei, aplicando-se, por isso, a lei reguladora de caso semelhante. Supre-se, destarte, a ausência ou lacuna da lei.

→ **Na interpretação analógica:** o fato está previsto na fórmula genérica da lei. Não há lacuna na lei.

→ **Na interpretação extensiva:** o fato está previsto implicitamente no texto da lei. Aqui também não há lacuna na lei.

ANALOGIA

INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Na ausência ou lacuna da lei, surgem os mecanismos de integração do ordenamento jurídico: analogia, costumes e princípios gerais do direito. Sobre os dois últimos já tivemos oportunidade de falar, restando ainda a abordagem da analogia.

O direito não tem lacunas porque ele não se expressa apenas através da lei. Esta, sim, pode ser lacunosa e até ausente na disciplina do caso concreto.

Analogia, costumes e princípios gerais do direito são outras formas de expressão do direito, aplicáveis somente na ausência ou lacuna da lei.

Efetivamente, dispõe o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

A integração da lei penal, porém, só acontece no campo das normas não incriminadoras, que beneficiam o réu. O *nullum crimen, nulla poena sine lege* impede que, na ausência ou lacuna da lei, o delito seja criado pela analogia, costumes ou princípios gerais do direito.

CONCEITO E FUNDAMENTO

A analogia é a aplicação, ao caso não previsto em lei, de lei reguladora de caso semelhante.

Não se trata de mera interpretação da lei, mas, sim, de um mecanismo de integração do ordenamento jurídico.

O fundamento da analogia é o argumento *pari ratione*, da lógica dedutiva, segundo o qual para a solução do caso omissis aplica-se o mesmo raciocínio do caso semelhante.

ESPÉCIES DE ANALOGIA

A analogia pode ser: *in malam partem* e *in bonam partem*.

Analogia in malam partem: é a que aplica ao caso omissivo uma lei prejudicial ao réu, reguladora de caso semelhante. É impossível empregar essa analogia no direito penal moderno, que é pautado pelo princípio da reserva legal. Sobremais, a lei que incrimina restringe direitos. De acordo com a hermenêutica, lei que restringe direitos não admite analogia.

Analogia in bonam partem: é a que aplica, ao caso omissivo, lei benéfica ao réu, reguladora de caso semelhante. Admite-se o seu emprego no âmbito penal, salvo em relação às normas excepcionais.

Efetivamente, normas excepcionais são as que disciplinam de modo contrário à regra geral, abrindo-lhe exceções. De acordo com a hermenêutica, a lei excepcional não admite analogia. Por exemplo, o rol do § 2º do art. 348 do CP, que, no delito de favorecimento pessoal, isenta de pena o ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, não pode ser ampliado para isentar também o sobrinho ou a concubina. Trata-se, sem dúvida, de lei excepcional, uma vez que disciplina de modo contrário à regra geral de que quem comete um delito deve responder por ele. Outra norma excepcional é a prevista no art. 128, II, do CP, que isenta de pena o médico que realiza aborto quando a gravidez resulta de estupro. Deve ser vedada a sua aplicação ao aborto em que a gravidez é resultante de violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP).

Por outro lado, as causas de exclusão da antijuridicidade ou culpabilidade, previstas na Parte Geral do Código, não são normas excepcionais, pois seus preceitos são aplicáveis a todo o ordenamento jurídico-penal. Aditem, por isso, a *analogia in bonam partem*. Algumas normas da Parte Especial também têm caráter geral, como, por exemplo, o perdão judicial previsto para o homicídio culposo ou lesão culposa (arts. 121, § 5º, e 129, § 8º), que, por isso mesmo, deve ser aplicado analogicamente aos delitos de homicídio culposo e lesão culposa disciplinados no Código de Trânsito.

Do exposto se conclui que, no direito penal, a analogia é admitida apenas em relação às normas não incriminadoras benéficas ao réu (*in bonam partem*), desde que não se trate de normas excepcionais.

A doutrina ainda costuma distinguir a analogia em legal e jurídica:

Analogia legal: aplica-se ao caso omissivo lei que regula caso semelhante.

Analogia jurídica: aplica-se ao caso omissivo um princípio geral do direito. A analogia jurídica distingue-se da aplicação direta do princípio geral do direito. Com efeito, na analogia jurídica, aplica-se ao caso não previsto em lei um princípio geral do direito que rege caso semelhante. Já o princípio geral do direito é aplicado diretamente ao caso omissivo.

PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Abre-se o Código Penal com o princípio da reserva legal do crime ou da pena, redigido nos seguintes termos:

“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Verifica-se que a lei é a fonte única da criação dos delitos e das penas. O nosso Código consagra

a famosa *máxima nullum crimen, nulla poena sine lege*. Com isso, o arbítrio judicial, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito não podem instituir delitos ou penas.

Sobre a origem do princípio da reserva legal, malgrado formulado em latim, prevalece a tese de que teria surgido na Magna Carta do Rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra. Mas há quem proclame que as suas raízes encontram-se no direito ibérico, nas Cortes de Leão, em 1186, no reinado de Afonso IX.

A Revolução Francesa, dois anos mais tarde, sob a influência da doutrina da divisão dos Poderes de Montesquieu, consagrou-o na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. E, a partir de então, não se conteve mais a expansão do princípio, que se generalizou, instalando-se nas Constituições de diversos países, chegando ao Brasil pelo texto da Constituição do Império, em 1824, reproduzido pelas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. Na Constituição vigente, o princípio está consagrado no art. 5º, XXXIX.

O princípio da reserva legal é reforçado pela regra do *nulla poena sine iudicio* (não há pena sem julgamento). A exigência do devido processo legal obstaculiza a criação da chamada norma-sentença, que impõe pena sem julgamento. O direito penal moderno é de coação indireta, porquanto não se pode impor pena sem o *due process of law*.

FUNDAMENTO POLÍTICO

O princípio da reserva legal é uma garantia constitucional dos direitos do homem. Ingressa no rol das liberdades públicas clássicas, que constituem limitações jurídicas ao poder estatal. As liberdades clássicas protegem a pessoa humana do arbítrio do Estado. Todo delito só pode ser criado por lei. Isso é uma proteção à pessoa. A supremacia da lei contém o arbítrio judicial e impede a analogia, traduzindo-se, portanto, numa garantia de liberdade do homem enquanto pessoa humana.

Em suma, o princípio da reserva legal garante a proteção da pessoa contra o arbítrio do poder punitivo estatal.

FUNDAMENTO JURÍDICO. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

O tipo penal incriminador deve conter um mínimo de determinação na definição da figura típica. Deve, porém, fixar com precisão a *sanctio juris* aplicável.

A incriminação genérica, vaga e indeterminada de certos fatos viola o princípio da legalidade. O tipo penal deve estabelecer taxativamente o mínimo necessário para se identificar aquilo que é penalmente lícito (princípio da taxatividade ou determinação). Assim, o princípio da taxatividade, também denominado princípio da determinação, ou taxatividade-determinação, ou princípio da certeza, ou ainda do mandato de certeza, consiste na obrigatoriedade de a lei descrever com clareza os elementos essenciais da conduta criminosa, abstenendo-se da elaboração de tipos genéricos ou vazios. O princípio da taxatividade deve ainda irradiar sobre a cominação da pena, que deve ser determinada quanto à espécie e aos limites mínimo e máximo (margens penais).

A incriminação vaga e indeterminada, desprovida do mínimo de determinação, viola o *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Casos há, todavia, em que a complementação da definição do crime é delegada ao magistrado ou a certos atos administrativos. É o que acontece com os tipos abertos e com as normas penais em branco em sentido estrito, surgindo, então, a necessidade de analisar a compatibilidade dessas normas com o princípio da reserva legal.

O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E O TIPO ABERTO

Os crimes de tipo aberto apresentam definição incompleta, transferindo ao juiz a tarefa de complementar o conteúdo da figura típica. Isso ocorre com os delitos de aborto (arts. 124 a 127), rixa (art. 137), ato obsceno (art. 233) e outros.

É conhecida a dificuldade da lei em fixar todos os elementos da figura típica penal. Por isso, criar um crime não é definir todos os elementos da relação jurídico-penal. A lei que institui o crime deve alojar o mínimo de determinação (princípio da determinabilidade). O tipo penal deve conter o mínimo necessário da definição, podendo delegar ao juiz ou a certos atos administrativos a tarefa complementar de definição da figura típica. Com efeito, o princípio da reserva legal não exige que a lei crie integralmente o delito.

É salutar a tarefa valorativa do magistrado em relação a certos elementos normativos variáveis no tempo e no espaço, como o conceito de honra, pois o legislador ao tentar defini-la pode apresentar-se antiquado e ridículo.

Nos tipos abertos em que a definição da figura típica contém o chamado “mínimo em determinação”, o preenchimento pelo magistrado dos demais elementos conceituais do crime não afronta o princípio da reserva legal, porque não há obrigatoriedade constitucional de a lei criar todos os elementos do crime. Fundamental, no entanto, que a lei fixe os elementos essenciais, conferindo ao juiz apenas a complementação da definição legal. É o que ocorre com os delitos de aborto, rixa e ato obsceno.

Outra espécie de tipo penal aberto é o que emprega cláusulas gerais na definição do crime, sem fixar um mínimo em determinação capaz de possibilitar ao intérprete a averiguação de seu conteúdo conceitual. Sobredito tipo penal contraria a velha máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, deixando completamente em aberto a definição legal da conduta incriminada: a criação completa do crime fica à mercê do arbítrio judicial, violando o princípio da separação dos Poderes. É o que ocorre com o delito de terrorismo, cuja genérica definição é a seguinte: “praticar atos de terrorismo” (art. 20 da Lei n. 7.170/83). Note-se que a lei nem sequer fixa o “mínimo em determinação”, relegando ao magistrado a função de legislar, isto é, de criar integralmente a infração penal, afrontando a um só tempo o princípio da reserva legal e o princípio da separação dos Poderes. É, pois, flagrante a inconstitucionalidade do crime de terrorismo.

O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E A NORMA PENAL EM BRANCO

Normas penais em branco são aquelas em que a definição da conduta incriminada é complementada por outra norma jurídica ou por certos atos administrativos.

A norma penal em branco tem grande afinidade com o tipo penal aberto, pois em ambos o preceito primário da norma necessita de complementação. Todavia, na norma penal em branco o complemento conceitual da figura típica emana de outra lei ou de certos atos administrativos, ao passo que no tipo penal aberto o complemento da definição do crime é fornecido pelo juiz.

Não há dúvida de que as normas penais em branco, cujo complemento provém de outra lei da União, são compatíveis com o princípio da reserva legal. Essas normas são conhecidas como normas penais em branco em sentido lato ou fragmento de norma. Nesse caso, o complemento advém da mesma fonte legislativa instituidora da norma penal em branco. Assim, a norma do art. 237 do CP (“contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta”) é complementada pelo art. 1.521 do Código Civil, que fixa os impedimentos que causam a nulidade absoluta do matrimônio (dirimentes públicos). Há homogeneidade das fontes legislativas, à medida que à União compete legislar sobre direito penal e direito civil (art. 22, I, da CF).

A dúvida, porém, pode surgir em relação às denominadas normas penais em branco em sentido estrito, que são aquelas cujo complemento procede de órgão distinto, geralmente de ato administrativo (regulamento, portaria ou edital) emanado do Poder Executivo. Citemos o exemplo do art. 33 da Lei 11.343/2006 que incrimina o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. O rol dessas substâncias é especificado em lei ou em ato administrativo do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde (art. 66 da aludida lei).

Vê-se assim que a complementação da norma penal em branco em sentido estrito emana de atos administrativos (edital, portaria ou regulamento). Saliente-se, porém, que não há violação do princípio da reserva legal, pois o referido tipo penal contém um “mínimo em determinação”. O princípio da definição foi fornecido por lei, sendo perfeitamente lícita a complementação conceitual por meio de atos administrativos. Conforme já antes salientado, a definição do crime não precisa ser completa. Basta um “mínimo em determinação”, isto é, um princípio de definição a ser complementado pelo juiz (tipos penais abertos) ou por certos atos administrativos (normas penais em branco em sentido estrito).

O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E AS CONTRAVENÇÕES PENAIS

A palavra “crime” foi empregada em sentido amplo pelo art. 1º do CP, pois o princípio da reserva legal estende-se também às contravenções. Sobremais, o art. 1º da LCP determina que se apliquem às contravenções as regras gerais do Código Penal. E uma dessas regras é evidentemente a que fixa o princípio da reserva legal.

O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E AS PENAS

O preceito sancionatório deve também conter os marcos mínimo e máximo da pena, bem como a sua qualidade e duração; caso contrário, o magistrado se converteria em legislador, ofendendo o princípio da separação dos Poderes. É, pois, vedada a cominação de penas indeterminadas. Ao legislador compete a instituição do mínimo e máximo da pena cominada, especificando a sua espécie (reclusão, detenção, prisão simples, multa, confisco ou restritiva de direitos). Só assim estará sendo preservado o princípio da reserva legal.

O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Ambos são princípios de índole constitucional. Distinguem-se, porém, nitidamente. No princípio da legalidade, a expressão “lei” é tomada em sentido amplo, abrangendo todas as espécies normativas do art. 59 da CF (leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções). Esse princípio é consagrado no art. 5º, II, da Magna Carta: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Já o princípio da reserva legal emana de cláusula constitucional especificando que determinada matéria depende de lei. Aqui a expressão “lei” é tomada em sentido estrito, abrangendo apenas a lei ordinária e a lei complementar.

A doutrina penal não se tem empenhado nessa distinção, empregando as expressões como sinônimas. A diferença, porém, é nítida.

O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Diverge a doutrina sobre a aplicabilidade do princípio da reserva legal às medidas de segurança. Respondem afirmativamente Celso Delmanto e Alberto Silva Franco. Argumentam que a palavra “pena” tem sentido amplo no art. 1º do CP e abrange as mais diversas restrições da liberdade. Inspiram-se também no fato de a reforma penal de 1984 ter cancelado o antigo art. 75, que dispensava as medidas de segurança de obediência ao princípio da reserva legal, o que, para esses autores, significa a sua submissão atual ao princípio da reserva legal.

Pronuncia-se negativamente Luiz Vicente Cernicchiaro.

Esposamos este último ponto de vista porque a Constituição consagra o princípio da reserva legal às penas, que ontologicamente diferem das medidas de segurança. Com efeito, a pena é retributiva, ao passo que a medida de segurança tem função terapêutica. A exemplo das Constituições portuguesa e italiana, deveria haver em nossa Constituição dispositivo expreso garantindo a aplicação do princípio da reserva legal às medidas de segurança.

Assim, a disciplina da medida de segurança poderá dar-se por meio de lei delegada, pois não está sob reserva absoluta de lei ordinária ou complementar. Resumindo: às medidas de segurança aplica-se o princípio da legalidade e não o princípio da reserva legal, também denominado legalidade específica. Cumpre, porém, registrar que, com o advento da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, modificando a redação do art. 62 da Constituição Federal, passou a ser vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal. Portanto, a medida provisória não pode criar medida de segurança e muito menos crimes e penas.

O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E AS ESPÉCIES NORMATIVAS

O processo legislativo, nos termos do art. 59 da Constituição Federal, compreende a elaboração de:

- **emendas à Constituição;**
- **leis complementares;**
- **leis ordinárias;**
- **leis delegadas;**
- **medidas provisórias;**
- **decretos legislativos;**
- **resoluções.**

A tarefa de definir crimes e contravenções, cominando as respectivas penas, é precípua da lei ordinária. Entretanto, as emendas constitucionais e leis complementares também podem definir infrações e cominar penas.

No concernente às leis complementares, cumpre lembrar que a Constituição especifica as matérias que elas podem versar (art. 61). Uma lei complementar baixada fora dos casos previstos na Constituição, na verdade, não passará de uma lei ordinária e como tal deverá ser considerada.

Já as leis delegadas, que são aquelas elaboradas pelo Presidente da República mediante solicitação de autorização ao Congresso Nacional, não podem criar delitos e penas, pois o art. 68, § 1º, II, da CF preceitua que não serão objeto de delegação a legislação sobre “direitos individuais”. Os direitos individuais estão elencados no art. 5º da Constituição Federal. E um desses direitos é: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX). A palavra “lei” está aí empregada em sentido restrito para abranger tão somente a lei ordinária. De nada valeria a cláusula de reserva de lei se a matéria reservada pudesse ser veiculada por lei

delegada ou medida provisória.

Igualmente, as medidas provisórias também não podem criar infrações penais, pois, como vimos, é vedada a sua edição sobre matéria de direito penal (CF, art. 62). Se, não obstante a vedação constitucional, o Presidente da República baixar uma medida provisória e o Congresso Nacional convertê-la em lei, a nulidade será absoluta, pois o vício de inconstitucionalidade é insanável.

Por outro lado, decretos legislativos e resoluções são editados apenas para disciplinar os assuntos internos das Casas Legislativas, não podendo versar sobre direito penal. Em contrapartida, emendas constitucionais podem criar delitos, porquanto situam-se num nível hierarquicamente superior à lei ordinária.

Finalmente, lei estadual pode versar sobre questões específicas de direito penal, consoante se depreende do parágrafo único do art. 22 da Lei Maior. Entende-se por questões específicas aquelas pertinentes a um determinado Estado-Membro ou a certas regiões do País. Com efeito, a destruição da vitória-régia pode ser incriminada por leis do Estado do Amazonas. O desperdício de água pode ser incriminado pelos Estados do Nordeste alcançados pela seca. Urge, porém, para que tal suceda que uma lei complementar autorize a edição das leis estaduais. Vê-se, assim, que o direito penal perdeu o seu caráter unitário. Com efeito, admite-se a existência de dois tipos de direito penal: o geral e o local. O primeiro é privativo da União; o segundo advém dos Estados-Membros. O primeiro é pertinente a todo o território nacional, ao passo que o segundo aborda questões de interesse preponderante a determinado Estado-Membro ou região do País.

O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E AS NORMAS PENAIS NÃO INCRIMINADORAS

O princípio da reserva legal não se aplica às normas penais não incriminadoras. Admite-se assim a existência de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, que são aquelas criadas pela analogia, costumes e princípios gerais do direito, aumentando, destarte, o campo de licitude do ordenamento jurídico. Medidas provisórias e leis delegadas também podem versar sobre normas penais não incriminadoras.

É certo, pois, que o art. 62, § 1º, I, b, da CF proíbe medidas provisórias sobre matéria de direito penal. A nosso ver, a Magna Carta disse mais do que quis, razão pela qual deve ser interpretada restritivamente, circunscrevendo-se a proibição às normas penais incriminadoras. Com efeito, as normas penais não incriminadoras podem nascer até dos costumes, de modo que nada obsta a sua veiculação pela medida provisória e lei delegada.

PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

Dispõe o art. 1º do CP:

“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

O art. 1º do CP aloja dois princípios: o da reserva legal, já comentado, e o da anterioridade.

A lei que cria o crime e a pena ou medida de segurança deve ser anterior ao fato que se pretende punir.

A lei penal não pode retroagir para prejudicar o réu. Não haveria garantia de liberdade se a punição pudesse abranger condutas anteriores à vigência da lei penal incriminadora. Esta só é aplicável aos fatos cometidos após a sua entrada em vigor. É vedada a sua aplicação até mesmo em relação aos fatos praticados durante a *vacatio legis*.

A LEI PENAL NO TEMPO

INTRODUÇÃO

A iniciativa do projeto da lei penal é comum ou concorrente, pois é deferida a qualquer comissão ou membro (deputado ou senador) do Poder Legislativo (iniciativa parlamentar) e ao Chefe do Poder Executivo (Presidente da República). Os tribunais, porém, não dispõem de legitimidade para a iniciativa do projeto de lei penal.

CONFLITOS DE LEIS PENAIS NO TEMPO

O direito intertemporal é o conjunto de princípios e de normas que solucionam os conflitos de leis no tempo.

Ocorre a sucessão de leis quando uma nova lei entra em vigor ab-rogando ou derogando a anterior.

Em regra, o conflito é solucionado pela máxima *tempus regit actum*, isto é, aplica-se a lei vigente ao tempo do crime. Se, porém, a nova lei beneficiar o réu, impõe-se a sua retroatividade.

Retroatividade significa a aplicação da lei a fatos ocorridos antes da sua vigência.

A retroatividade da lei penal que beneficia o réu é mandamento constitucional (art. 5º, XL, da CF). Nesse caso, a retroatividade é automática e independe de cláusula expressa, alcançando inclusive os fatos já definitivamente julgados. É a única lei capaz de retroagir em detrimento da coisa julgada.

Pode-se dar a retroatividade da lei penal benéfica em duas hipóteses: *abolitio criminis* e *novatio legis in melius*:

1) **Abolitio criminis**

Dá-se a *abolitio criminis* quando a nova lei torna atípico o fato incriminado. Tal ocorreu, por exemplo, com a lei revogadora do delito de sedução (Lei n. 11.106/2005). Nesse caso, o agente não pode ser punido, devendo ser decretada a extinção da punibilidade, se houver inquérito policial ou processo em andamento (CP, art. 107, III). Se ainda não foi instaurado o inquérito, não poderá mais sê-lo.

A *abolitio criminis* está prevista no art. 2º, caput, do CP, que assim dispõe:

“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”.

De acordo com o Código Penal, a *abolitio criminis* tem a natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade (art.107, III). O Estado perde a possibilidade de aplicar pena ou medida de segurança ao agente. Trata-se, a nosso ver, de uma causa de exclusão da tipicidade.

A *abolitio criminis* atinge apenas a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Exclui, aliás, todos os efeitos penais, de modo que a sentença condenatória é considerada inexistente, não podendo prevalecer para efeito de reincidência, de maus antecedentes ou de qualquer outro efeito penal.

Perduram, entretanto, os efeitos de natureza civil da sentença penal condenatória, de tal modo que o réu continua obrigado a reparar o dano causado pelo delito (CP, art. 91, I). Assim, a sentença condenatória transitada em julgado continua valendo como título executivo na esfera cível (art. 475-N, II, do CPC).

Deparando-se com a *abolitio criminis*, o juiz do processo de conhecimento deve, de ofício, declarar extinta a punibilidade, ouvindo-se previamente o Ministério Público. Se o processo estiver no tribunal, em grau de recurso, o próprio tribunal competente para apreciar o recurso, de ofício, deve declarar extinta a punibilidade. Caso já haja sentença transitada em julgado, a declaração de extinção da punibilidade competirá ao juízo da execução penal (art. 66, I, da LEP e Súmula 611 do STF). Da sua decisão caberá o recurso de agravo em execução. Não cabe, portanto, revisão criminal ou habeas corpus, pois a competência é do juízo da execução penal.

2) Novatio legis in mellius

Está disciplinada no parágrafo único do art. 2º do CP, que assim estabelece:

“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Novatio legis in mellius ocorre quando a lei posterior, mantendo a incriminação do fato, torna menos grave a situação do réu. Exemplos: a) lei que comina pena menos rigorosa; b) lei que comina circunstâncias atenuantes; c) lei que cria causas extintivas da antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade; d) lei que facilita a obtenção do sursis ou livramento condicional; e) lei que transforma o crime em simples contravenção etc.

Em suma, a lei posterior que de qualquer modo favorecer o réu é uma *novatio legis in mellius*. A expressão “qualquer modo” é para indicar qualquer outra circunstância que não seja a *abolitio criminis* (art. 2º, caput).

Aproxima-se a *abolitio criminis* da *novatio legis in mellius*, já que ambas beneficiam o réu, retroagindo, excepcionando-se, portanto, o aforismo *tempus regit actum*.

Não obstante a presença de tantas qualidades comuns, distinguem-se de modo nítido. Com efeito, na *abolitio criminis* ocorre uma revogação, total ou parcial, da lei penal anterior, provocando a atipicidade da conduta incriminada. Na *novatio legis in mellius*, ao inverso, o fato continua sendo típico, ocorrendo apenas a inclusão de circunstâncias favoráveis ao sujeito que mantêm intacto o tipo penal, como, por exemplo, a lei que diminui o prazo prescricional do delito. Por outras palavras, enquanto a *abolitio criminis* sempre incide sobre norma penal incriminadora, ab-rogando-a, a *novatio legis in mellius* pode modificar a norma incriminadora, por exemplo, reduzindo a quantidade da pena, ou então deixá-la intacta, incidindo sobre outras normas, por exemplo, criando uma nova causa de exclusão da culpabilidade.

No tocante à competência para aplicação da *novatio legis in mellius*, segue-se o mesmo critério da *abolitio criminis* (art. 66, I, da LEP e Súmula 611 do STF). Após o trânsito em julgado, se a apreciação da matéria depender de dilação probatória, a medida cabível será a revisão criminal.

LEI BENIGNA

A apuração da maior benignidade da lei nem sempre é tarefa fácil. Não basta a comparação abstrata dos textos legais. É mister compará-los em cada caso concreto. Se ainda assim persistir a dúvida sobre qual das duas leis é a mais favorável, o juiz pode ouvir a opinião do réu, pois ele é quem sofrerá a pena. Se mesmo assim a dúvida não for dirimida, o juiz deve aplicar a lei nova somente aos casos ainda não julgados. De modo geral, porém, reputa-se mais benigna, salvo prova em contrário, a lei que:

- a) *cominar pena mais branda;*
- b) *criar circunstâncias atenuantes;*
- c) *extinguir circunstâncias agravantes;*

- d) *extinguir medida de segurança e efeitos da condenação;*
- e) *estabelecer causas de exclusão da antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade.*

COMBINAÇÃO DE LEIS

Pode acontecer que as duas leis em conflito apresentem pontos favoráveis e prejudiciais ao réu. Surge então o problema da combinação das partes benéficas de cada uma das leis, aplicando-se, destarte, ao acusado o texto combinado favorável (*lex tertia*).

Variam profundamente as opiniões. Néelson Hungria adverte que “não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorando em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo”.

Outros, ao revés, tomam a defesa da combinação das leis, salientando-lhe as vantagens que é capaz de proporcionar ao réu. Frederico Marques preconiza: “Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima”.

Estamos com esta última opinião, pois só assim é cumprido o mandamento constitucional que determina a aplicação da lei penal benigna. O juiz que combina as leis não está legislando, mas apenas aplicando ao caso concreto texto legal fornecido pelo próprio legislador. Se, para beneficiar o réu, ele pode escolher o todo de uma ou outra lei, nada obsta seleccione parte de um todo e parte de outro. Aliás, a não combinação das parcelas benéficas de ambas as leis viola o princípio constitucional da aplicação da *lex mitior*. Exemplifiquemos para maior clareza do assunto. Suponha que a lei “A” comine pena de um a quatro anos de reclusão e multa de dez a trezentos e sessenta vezes o salário mínimo, e a lei “B” imponha pena de três a dez anos de reclusão e multa de dez a vinte salários mínimos. No tocante aos crimes cometidos na vigência da lei anterior, o juiz deverá efetuar a combinação das partes benignas das leis. Quanto à reclusão, incide a lei antiga (1 a 4 anos); quanto à multa, incide a lei nova (10 a 20 salários mínimos).

“NOVATIO LEGIS” INCRIMINADORA E “NOVATIO LEGIS IN PEJUS”

O princípio da anterioridade consagra a regra *tempus regit actum*, impedindo a retroatividade da *lex gravior*.

Com as terminologias *novatio legis* incriminadora e *novatio legis in pejus*, refere-se a doutrina às duas categorias de leis penais severas.

Ocorre a *novatio legis* incriminadora quando uma nova lei considera crime fato até então atípico. Já na *novatio legis in pejus*, a nova lei agrava as consequências jurídico-penais do fato criminoso existente, sem criar um novo tipo penal incriminador. Citemos alguns exemplos: a) agravação da pena ou medida de segurança; b) exclusão de circunstâncias atenuantes ou de causas de diminuição de pena; c) inclusão de agravantes, causas de aumento de pena e qualificadoras; d) aumento dos requisitos para obtenção do sursis ou livramento condicional; e) aumento do prazo de prescrição; f) exclusão de causas excludentes da ilicitude, culpabilidade ou punibilidade; g) imposição do regime fechado de cumprimento de pena.

As leis penais severas não podem ter força retroativa. A irretroatividade da *lex gravior* é consagrada na Constituição Federal (art. 5º, XL).

Por outro lado, as leis processuais têm aplicação imediata, incidindo sobre os processos em andamento, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior (art. 2º do

CPP). Entretanto, em duas hipóteses, as leis processuais penais que sejam prejudiciais ao réu não terão aplicação imediata. São elas: a) a lei que versa sobre prisão preventiva; b) a lei que versa sobre fiança. Com efeito, dispõe o art. 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal que à prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis. Note-se, ainda, que as leis processuais, ainda que benéficas, não retroagem, pois submetem-se ao princípio *tempus regit actum*. Se, porém, beneficiar o réu, podem retroagir, em duas hipóteses: a) se houver cláusula expressa de retroatividade; b) quando se tratar de lei processual-material, cujo conteúdo é híbrido, sendo simultaneamente uma lei penal e processual.

Sob esse aspecto, reveste-se de singular importância a análise das leis que estabelecem a exigência de representação ou queixa-crime. Essas leis apresentam, na sua essência, traços de direito material e de direito processual. No campo do direito penal, a falta de representação ou queixa-crime produz a extinção da punibilidade pela decadência ou renúncia (CP, art. 107, IV). No lado processual, a representação e a queixa-crime funcionam como condições de procedibilidade da ação penal. Inegável, portanto, o caráter híbrido dessas normas. Cremos, em tal assunto, que deva prevalecer a tese da retroatividade benéfica quando a nova lei passa a exigir representação ou queixa-crime a determinado delito de ação pública incondicionada; outrossim, a irretroatividade da lei penal mais severa, quando a nova lei exclui a exigência da representação ou queixa-crime.

LEI TEMPORÁRIA OU EXCEPCIONAL

Considerações gerais

Reza o art. 3º do CP:

“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”.

O dispositivo supra prevê a regra da ultratividade das leis temporárias e excepcionais, que consiste na aplicação da lei penal aos fatos praticados sob a sua vigência, embora o julgamento se efetue depois.

- **Temporária:** é a lei promulgada para ter vigor somente dentro de certo período de tempo, previamente fixado pelo legislador.
- **Excepcional:** é a lei promulgada para ter vigor enquanto persistir certa situação anormal (terremoto, guerra, estado de sítio, inflação etc.).

Na lei temporária o termo *ad quem* é expressamente definido em data certa do calendário, ao passo que na lei excepcional está ele condicionado à duração das circunstâncias extraordinárias.

A lei temporária é revogada pelo decurso do período de sua duração, e a lei excepcional, pela cessação das circunstâncias que a determinaram. Na área penal, costuma-se dizer que essas leis são autorrevogáveis, isto é, revogam-se automaticamente e independentemente do advento de uma nova lei. Fora do direito penal, porém, os autores costumam designar esse fenômeno de caducidade, abstenendo-se de utilizar a expressão autorrevogação. Com efeito, caducidade é a ineficácia de uma lei em razão da superveniência de uma situação cronológica ou factual, que retira a sua validade. A questão é de perda da eficácia, e não propriamente da vigência, tendo em vista que a revogação só pode operar-se quando sobrevém uma nova lei. Tomemos como exemplos de leis excepcionais os crimes militares em tempo de guerra e os crimes eleitorais. Cessada a guerra ou a eleição, a lei não perde a vigência, mas a eficácia, tanto é que, ressurgindo a guerra e a eleição, restaura-se a eficácia

da lei que estava suspensa. Se tivesse ocorrido a perda da vigência, haveria a necessidade de elaboração de uma nova lei.

O fundamento pragmático da ultra-atividade, esclarece a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, é “impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido do retardamento dos processos penais”. Se assim não fosse, permaneceriam impunes os fatos praticados às vésperas do término da vigência da lei, diante da falta de tempo para apurá-los. Demais, para garantir a impunidade, bastaria procrastinar o andamento processual até a data da autorrevogação da lei.

A ultra-atividade das leis temporárias ou excepcionais não derroga o princípio constitucional da retroatividade da *lex mitior*. A regra da retroatividade da lei penal benéfica soluciona os conflitos de leis no tempo. É, pois, aplicável a hipótese de duas ou mais leis sucessivas no tempo versarem sobre o mesmo assunto.

No caso das leis temporárias ou excepcionais, não há duas leis em conflito, de modo que o problema não está relacionado com o direito intertemporal, mas com a tipicidade. Cumpre também salientar que a autorrevogação, por ter cessado o período de sua duração ou as circunstâncias que a determinaram, tem efeito *ex nunc*. As infrações penais cometidas durante o período de vigência da lei não são revogadas, de modo que não há falar-se em *abolitio criminis*. Não há, destarte, autorrevogação em relação aos fatos ocorridos durante o período de vigência. A autorrevogação atinge apenas os fatos cometidos após expirado o prazo de vigência ou cessadas as circunstâncias especiais. O direito intertemporal, que consagra a retroatividade benéfica, só regula a questão de sucessão de leis no tempo, isto é, o fato de a lei perder a vigência para dar lugar à vigência de nova lei. No caso, não há nenhuma outra lei sucedendo as leis temporárias ou excepcionais, pois estas não perdem a vigência em relação aos fatos cometidos durante o período de sua duração. A autorrevogação, conforme já dito, tem efeito *ex nunc*.

Havendo, porém, sucessão temporal de leis excepcionais ou temporárias que versam sobre o mesmo assunto, será inegável a retroatividade da lei penal benéfica, já que o problema passa a ser de direito intertemporal. Por exemplo, a lei “x”, que incrimina quem passar pela ponte durante a guerra, é derogada pela lei “y”, que impõe a atipicidade do fato de ter passado pela ponte durante a guerra. Em ambas as leis, o *tempus delicti* (guerra) funciona como elemento do tipo. Trata-se, como se vê, de leis da mesma espécie, que versam sobre a mesma matéria, inclusive no aspecto temporal, razão pela qual impõe-se a retroatividade da *lex mitior*.

AS NORMAS PENAIS EM BRANCO E O DIREITO INTERTEMPORAL

Outra questão que pode ser aqui focalizada diz respeito ao direito intertemporal nas normas penais em branco. O complemento da norma penal em branco pode assumir duas faces: normalidade e excepcionalidade. De um lado, como norma com vigência comum, dentro de uma situação de normalidade, a alteração do complemento, desde que mais benéfica, retroage para cumprir o preceito constitucional da retroatividade da *lex mitior*, devendo a questão ser resolvida sob o prisma do direito intertemporal; de outro, como norma penal com vigência temporária ou excepcional, editada para atender circunstâncias excepcionais ou temporárias, a alteração do complemento, ainda que mais benéfica, não retroage, pois estaremos diante da ultra-atividade consagrada no art. 3º do Código Penal.

Nessa última hipótese, referem-se os doutrinadores ao crime de violação de tabela de preço. Ocorrendo a modificação da tabela de preço ou supressão da mercadoria da tabela, não se descaracteriza o delito anteriormente praticado. A norma penal não incrimina a venda pelo preço “x” ou “y”, mas sim a venda acima do tabelamento. Sobremais, não se trata de leis idênticas. A tabela

anterior versa sobre um determinado período de tempo e a tabela posterior, sobre período de tempo distinto. Portanto, versam sobre circunstâncias temporais diferentes. Por consequência, inexistente conflito de leis no tempo, porquanto cada uma tem o seu campo próprio de incidência. Se, no entanto, a nova tabela disciplinar também o preço das mercadorias no período determinado na tabela anterior, é de rigor a sua retroatividade, caso seja mais benéfica.

As tabelas de preço, dizia Queiroz Filho, “estão sujeitas a contínuas alterações. Atendem a circunstâncias excepcionais, e correspondem às exigências do instante. E, por isso, o preço abusivo liga-se ao momento em que é cobrado. E se a tabela — complemento da lei — é lei, trata-se então de uma lei temporária e excepcional. E esta se aplica ao fato praticado durante a sua vigência, mesmo depois de cessadas as circunstâncias que a determinaram, consoante expressamente estabelece o art. 3º do nosso estatuto penal” (RT, 192: 563).

Cumpra, porém, não perder de vista a inaplicabilidade do art. 3º do Código Penal quando o complemento da norma penal em branco não se revestir da característica da temporariedade ou excepcionalidade. Assim, por exemplo, a supressão de determinada substância entorpecente do rol da relação do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde, descaracteriza o delito de tóxico imputado ao agente, em virtude da retroatividade da lei penal benéfica.

Cumpra ainda o exemplo do médico que deixa de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória (art. 269 do CP), mas que posteriormente é retirada do elenco das moléstias de notificação compulsória. Nessa hipótese, se a doença constava do elenco por motivo de temporariedade ou excepcionalidade (p. ex., epidemia), prevalece a regra do art. 3º do CP, mantendo-se, destarte, a incriminação do fato. Se, entretanto, a doença integrava o elenco numa situação de normalidade, aplicar-se-á o princípio da retroatividade da lei penal benéfica, diante da supressão do caráter ilícito do fato.

TEMPO DO CRIME

Considerações gerais

Determina o art. 4º do CP: ***“Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.***

Ateve-se nosso Código à lição de que é no momento da conduta (ação ou omissão) que o sujeito manifesta a sua vontade de violar a norma penal.

Existem três teorias a respeito do tempo do crime:

- a) teoria da atividade;***
- b) teoria do resultado;***
- c) teoria mista.***

A teoria da atividade: fixa o tempo do crime no momento em que o agente executa a conduta criminosa.

A teoria do resultado (do evento, ou do efeito): considera que tempo do crime é o momento do seu resultado.

A teoria mista (ou da ubiqüidade): determina que o tempo do crime é tanto a data da conduta como a data do resultado.

O Código Penal consagrou a teoria da atividade (art. 4º). Se se adotasse a teoria do resultado ou a teoria mista, o sujeito que praticasse uma conduta lícita poderia ser punido na hipótese de a

consumação ocorrer após a entrada em vigor da lei penal incriminadora do fato.

Note-se que o tempo do crime é o momento da ação ou omissão. A lei silencia se deve ser considerado o momento do início ou o momento do final da conduta. A única interpretação razoável consiste em considerar como tempo do crime o último momento da conduta. Assim, por exemplo, se o agente inicia um sequestro aos 17 anos, 11 meses e 29 dias, prolongando a conduta, após completar 18 anos, deverá ser considerado imputável. Se o tempo do crime fosse o momento do início da conduta, ele seria inimputável, mas essa exegese seria absurda, porque, ao invés de prevenir, estimularia a prática do delito e a manutenção da conduta criminosa. Na interpretação da lei penal, deve prevalecer a exegese que mais protege o bem jurídico, e não a mais favorável ao réu.

A teoria da atividade, contudo, apresenta duas exceções. Com efeito, para fins de prescrição e decadência, o tempo do crime não é o momento da conduta. De fato, a prescrição, em regra, começa a fluir a partir da consumação do crime, enquanto a decadência tem por termo inicial a data em que a vítima toma conhecimento da autoria do delito.

EFEITOS

Coerentes com a teoria da atividade, deparam-se as seguintes aplicações:

a) Aplica-se a lei vigente ao tempo da conduta, salvo se a do tempo do resultado for mais benéfica.

b) A imputabilidade é aferida ao tempo da conduta. Não se pode assim punir criminalmente o adolescente que, às vésperas de completar 18 anos, atira na vítima, que vem a falecer depois de ele atingir a maioridade penal.

c) No crime permanente em que a conduta se tenha iniciado sob a vigência de uma lei, prosseguindo sob o império de outra, aplica-se a lei nova, ainda que mais severa. É que no crime permanente há uma persistente ofensa ao bem jurídico, pois a conduta continua sendo executada após a entrada em vigor da nova lei. Por exemplo: “A” sequestra a vítima com o fim de obter certa soma em dinheiro como preço do resgate. Alguns dias depois do sequestro, entra em vigor nova lei aumentando a pena do art. 159 do CP. Se por ocasião da vigência dessa nova lei a vítima ainda estiver sob o domínio do sequestrador, aplica-se a nova lei; se, porém, já tiver sido libertada, aplica-se a lei anterior, que é mais benéfica.

d) No crime continuado em que os fatos anteriores já eram punidos, tendo ocorrido mera agravação da pena, aplica-se a lei nova a toda a série delitiva, desde que sob o seu império a conduta antijurídica continue sendo praticada. Assim, persistindo na conduta criminosa, a nova lei abarcará toda a série de delitos, pois o crime continuado, para efeito de aplicação da *sanctio juris*, é considerado uma unidade delitiva. A propósito, dispõe a Súmula 711 do STF: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

e) No crime habitual aplica-se também a nova lei, mesmo que mais severa, caso o agente continue reiterando a conduta criminosa.

f) A medida de segurança, conforme já salientado anteriormente, é regida pelo princípio da anterioridade. Surgindo, assim, após a prática do crime, medida de segurança prejudicial ao réu, ela não poderá ser aplicada.

PERGUNTAS:

- 1) Quais as duas funções do direito penal?
- 2) Por que o direito penal tem caráter fragmentário?
- 3) O direito penal é sancionatório ou constitutivo?
- 4) O que são escolas penais e quais as duas principais?
- 5) Elabore um paralelo entre a Escola Clássica e a Escola Positiva.
- 6) Qual a diferença entre o Direito Penal Comum e o Direito Penal do Cidadão?
- 7) Qual a diferença entre o criminoso-inimigo e o criminoso-cidadão?
- 8) Qual a diferença entre a culpabilidade de ato e a culpabilidade de autor?
- 9) Quais as finalidades do Direito Penal do Inimigo?
- 10) Quais as características materiais e processuais do Direito Penal do Inimigo?
- 11) O Direito Penal do Inimigo pode ser instaurado validamente no Brasil?
- 12) Há algumas normas penais compatíveis com o Direito Penal do Inimigo?
- 13) No estado de sítio e no estado de defesa há sinais do Direito penal do Inimigo?
- 14) Quais as fontes de produção da norma penal incriminadora?
- 15) A norma costumeira pode versar sobre Direito penal?
- 16) Os Estados-membros podem legislar sobre direito penal?
- 17) Quantos preceitos têm a lei penal incriminadora?
- 18) De acordo com Binding, o criminoso viola a lei ou norma?
- 19) Há alguma lei que não é impessoal?
- 20) O que é lei fragmentária?
- 21) O que é hermenêutica jurídica?
- 22) Qual é o objeto da interpretação?
- 23) O que é interpretação autêntica ou legislativa?
- 24) A lei interpretativa retroage?
- 25) A Exposição de Motivos é interpretação autêntica?
- 26) A interpretação judicial é obrigatória?
- 27) O que é interpretação teleológica sistemática?
- 28) Quanto ao resultado, como pode ser a interpretação?
- 29) O que é interpretação declaratória?
- 30) O que é interpretação extensiva? É possível?
- 31) O que é interpretação restritiva?
- 32) O que é interpretação ab-rogante?
- 33) O princípio "*in dubio pro reo*" é aplicável no campo das provas ou no campo da hermenêutica?
- 34) O que é interpretação progressiva?
- 35) O que é interpretação analógica ou "*intra legem*"?
- 36) Qual a distinção entre analogia, interpretação extensiva e interpretação analógica?
- 37) O que é analogia?
- 38) A analogia "*in malam partem*" pode ser empregada na área penal?
- 39) A analogia "*in bonam partem*" é sempre admissível na área penal?
- 40) O que é o princípio da reserva legal e qual a sua famosa máxima?
- 41) Qual o efeito do princípio da reserva legal?
- 42) Qual a origem do princípio da reserva legal?
- 43) O que é o princípio "*nulla poena sine iudicio*"?
- 44) O que é norma-sentença? É admissível?
- 45) Qual o fundamento político do princípio da reserva legal? O que são liberdades públicas

clássicas?

- 46) Qual o fundamento jurídico do princípio da reserva legal? O que é o princípio da taxatividade e quais suas denominações?
- 47) O que é tipo aberto? Exemplifique.
- 48) O tipo aberto é compatível com o princípio da reserva legal? O que é tipo aberto de cláusulas gerais?
- 49) O que é norma penal em branco? Como se distingue do tipo aberto?
- 50) A norma penal em branco é compatível com o princípio da reserva legal?
- 51) O princípio da reserva legal é aplicável às contravenções penais?
- 52) Qual a diferença entre o princípio da reserva legal e o princípio da legalidade?
- 53) O princípio da reserva legal é aplicável às medidas de segurança? E o princípio da legalidade? Um decreto ou outro ato administrativo pode criar medida de segurança?
- 54) Somente a lei ordinária pode criar delitos e penas?
- 55) A lei delegada pode criar delitos e penas?
- 56) A medida provisória pode criar delitos e penas?
- 57) Os decretos legislativos e resoluções podem versar sobre direito penal?
- 58) Quais os requisitos para os Estados-Membros legislarem sobre Direito penal?
- 59) O princípio da reserva legal é aplicável às normas penais não incriminadoras? O que são causas supralegais de exclusão da antijuridicidade?
- 60) O art. 1º do CP aloja quantos princípios?
- 61) O princípio da anterioridade é aplicável somente aos crimes e penas ou também às medidas de segurança?
- 62) O que é direito intertemporal?
- 63) Há alguma exceção ao princípio "*tempus regit actum*"?
- 64) Quais as duas espécies de leis penais benéficas?
- 65) O que é "*abolitio criminis*"? Qual a sua natureza jurídica?
- 66) A "*abolitio criminis*" extingue os efeitos penais e civis da sentença condenatória?
- 67) Qual o órgão competente para a decretação da "*abolitio criminis*"? É cabível habeas corpus?
- 68) O que é "*novatio legis in melius*"?
- 69) Qual a diferença entre "*abolitio criminis*" e "*novatio legis in melius*"?
- 70) Como se apura a maior benignidade da lei?
- 71) É possível a combinação de leis?
- 72) Qual a diferença entre "*novatio legis*" *incriminadora* e "*novatio legis in pejus*"?
- 73) A lei processual tem aplicação imediata?
- 74) A lei processual pode retroagir?
- 75) O que são leis temporárias e excepcionais?
- 76) O problema das leis temporárias e excepcionais está relacionado à tipicidade?
- 77) Suprimida a tabela de preço, o agente que a violou continua sendo processado criminalmente?
- 78) A supressão de determinada substância entorpecente da portaria do Ministério da Saúde descaracteriza o delito de tóxico imputado ao agente?
- 79) O médico que deixa de denunciar uma doença compulsória, mas que posteriormente é retirada deste elenco de doenças continua sendo processado criminalmente?
- 80) Quais as três teorias a respeito do tempo do crime?
- 81) Quais os efeitos da teoria da atividade?
- 82) O crime continuado e o crime permanente, que se iniciam na vigência de uma lei, mas continuam sendo praticados na vigência de outra, são regidos por quais destas leis?