



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 8

DIREITO PENAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 8

Christiano Jorge Santos

PUCSP

São Paulo

2020

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP
DIREITO PENAL

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Nery Júnior
Elizabeth Nazar Carrazza	Oswaldo Duek Marques
Fábio Ulhoa Coelho	Paulo de Barros Carvalho
Fernando Menezes de Almeida	Raffaele De Giorgi
Guilherme Nucci	Ronaldo Porto Macedo Júnior
José Manoel de Arruda Alvim	Roque Antonio Carrazza
Luiz Alberto David Araújo	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Edson Fachin	Rui da Cunha Martins
Marco Antonio Marques da Silva	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Maria Helena Diniz	Teresa Celina de Arruda Alvim
	Wagner Balera

TOMO DE DIREITO PENAL | ISBN 978-65-990464-3-8

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VIII (recurso eletrônico)
: direito penal / coord. Christiano Jorge Santos - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

LEI PENAL NO TEMPO

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

INTRODUÇÃO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana em San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, disciplinou em seu art. 9º os princípios da legalidade e retroatividade da lei penal a todos os países signatários. Ao Brasil, nessa condição, é compulsório que obedeça a regra,¹ por força da convencionalidade prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, eis que se trata de Tratado ratificado por maioria simples e aprovado até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, com hierarquia supralegal, segundo o STF.

Não obstante, há historicamente previsão constitucional desses princípios nas Constituições brasileiras, sendo certo que o texto da Carta de 1988 expressamente contemplou a legalidade² e a retroatividade benéfica³ da lei penal como garantias individuais e fundamentais e verdadeiras cláusulas pétreas.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Conceito	3
2. Fundamento e utilidade	4
3. Espécies de extratividade da lei penal.....	4
4. Sucessão/conflito de leis no tempo	7
4.1. Competência para aplicação.....	9

¹ Art. 9: “Princípio da legalidade e da retroatividade: Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado”.

² CF, art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

³ CF, art. 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

4.2.	<i>Lex mitior e vacatio legis</i>	10
4.3.	Crime continuado e crime permanente.....	10
4.4.	Princípio da continuidade normativo-típica	11
4.5.	Lei intermediária	12
5.	Lei temporária e excepcional	12
6.	Retroatividade da lei interpretativa e dos precedentes jurisprudenciais	13
	Referências	14

1. CONCEITO

As garantias fundamentais da legalidade e retroatividade benéfica previstas na Constituição de 1988 já estavam previstas nos arts. 1º e 2º do Código Penal brasileiro.

Para o ramo do direito mais drástico e severo às liberdades individuais precisa o cidadão saber, de antemão, com um mínimo de segurança jurídica quais são as regras do contrato social, quais as regras do Estado de Direito, qual o limite do permitido e proibido.

Não à toa, prevê o ordenamento jurídico ser impossível o enquadramento de uma situação fática como crime se esse não estiver previamente previsto em lei, assim como sua pena.

A regra deve, no entanto, ser conjugada com o tempo.

Isso porque, diferentemente da lei processual penal que, alterada, aplica-se de imediato,⁴ a nova lei penal que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Em outras palavras, a regra é a aplicação da lei penal vigente ao tempo da prática do fato criminoso (princípio *tempus regit actum*): a nova lei produzirá efeitos, como regra geral, no período de sua vigência ou em consonância com a lei vigente na época do fato.

Contudo, diversamente da regra processual, o ordenamento jurídico nacional e internacional adota a ideia de extratividade que, muito mais do que uma exceção, torna-se a regra quando benéfica ao agente (investigado, suspeito, réu, condenado etc.).

⁴ CPP, art. 2º: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”

A extratividade da lei penal implica, portanto, a possibilidade de uma lei disciplinar situação de fato *fora de seu período de vigência*.

2. FUNDAMENTO E UTILIDADE

A lei penal no tempo é regida por três princípios fundamentais: legalidade prévia, irretroatividade e extratividade benéfica que como se verá ocorre na forma de ultratividade ou retroatividade favoráveis ao agente que praticou um fato supostamente criminoso.

A partir dessas regras e princípios, qualquer elemento contido no preceito primário ou secundário de uma norma penal incriminadora (elementares de um crime ou pena) deve obedecer a ideia de anterioridade ou legalidade prévia, sem possibilidade, como regra, de aplicação retroativa.

De outra parte, uma lei tacitamente ou expressamente revogada também poderá ser aplicada futuramente para fatos perpetrados sob sua vigência, desde que ela seja mais favorável ao agente em comparação com a lei nova.

Em outras palavras, aferir se a nova lei penal é favorável ou prejudicial ao agente é fundamental: “A lei anterior, quando for mais favorável, terá ultratividade e prevalecerá mesmo ao tempo de vigência da lei nova, apesar de já estar revogada. O inverso também é verdadeiro, isto é, quando a lei posterior foi mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência”.⁵

3. ESPÉCIES DE EXTRATIVIDADE DA LEI PENAL

Em virtude do princípio da legalidade ou da reserva legal, ilustrado pelo brocardo *nullum crimen nullum poena sine praevia lege*, as condutas que posteriormente tornaram-se crime não retroagem, sendo aplicáveis a partir de sua vigência.

Contudo, em se tratando de *novatio legis* incriminadora, ou seja, uma lei posterior que criminaliza determinada conduta, aplica-se a regra geral da irretroatividade

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 162. No mesmo sentido: STF, HC 113717-SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 26.02.2013.

penal.

Ocorre que é preciso verificar se a nova lei penal é benéfica, tanto no sentido de abolir um crime anteriormente previsto em lei, quanto beneficiar, de qualquer forma, o agente que praticou um crime regido por lei anterior, ou ainda, se a nova lei é mais prejudicial ao agente.

Define-se a *novatio legis in pejus*, ou também conhecida por *lex gravior*, a lei posterior que, de qualquer modo, agrava a situação do agente.

Aplicando-se os critérios de favorecimento previsto no ordenamento jurídico, a lei nova que prejudica o agente não retroage, ou seja, deve ser mantida a lei revogada (ultratividade da lei vigente na época do fato).

Em outras palavras, em Direito Penal é sim possível aplicar uma lei revogada.

A lei revogada, quando mais favorável ao agente em confronto com a nova lei, será aplicada e continuará a reger os fatos ocorridos em seu tempo. Repita-se: trata-se do princípio da ultratividade da lei penal anterior mais benéfica.

Sempre que se tratar de *novatio legis in pejus*, é inadmissível a sua retroatividade, segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal.⁶

Diversamente da lei nova prejudicial, é possível que sobrevenha, no conflito de lei penal no tempo, uma *novatio legis in melius*, isto é, quando a lei posterior que traz um benefício, de qualquer forma, para o agente do fato.

Dotti exemplifica que

“o advento de uma lei nova poderá beneficiar o agente não apenas quando descriminaliza o fato anteriormente punível, mas quando institui uma regra de Direito Penal que: (a) altera a composição do tipo de ilícito; (b) modifica a natureza, a qualidade, a quantidade ou a forma de execução da pena; (c) estabelece uma condição de punibilidade ou processabilidade; (d) de qualquer outro modo é mais favorável”.⁷

Haverá abolição de crime quando a lei nova deixa de considerar infração penal (crime ou contravenção) o fato anteriormente tipificado como ilícito penal. Nesse caso, o legislador retira a ilicitude da conduta, descriminalizando o ato que outrora era

⁶ STF, HC 98365-SP, 2ª Turma, rel. Min. Cezar Peluso, j. 15.12.2009.

⁷ DOTTI, Rene Ariel. *Curso de direito penal*, p. 343. No mesmo sentido: STF, HC 114149-MS, 1ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 13.11.2012.

considerado como delito.

O instituto da *abolitio criminis* está descrito no *caput* do art. 2º do CP, sendo causa extintiva da punibilidade prevista no inciso III do art. 107, do CP.

A abolição do crime, por suprimir a figura criminosa representa uma repactuação do contrato social até então vigente: o legislador, em nome da sociedade e de determinado tempo social, entende não haver mais razão para incriminar determinada conduta, retirando-a do ordenamento jurídico-penal, fazendo ainda cessar todos os efeitos e consequências penais até então existentes e decorrentes.⁸

De outra parte, os efeitos extrapenais (cíveis e administrativos) não são atingidos pela descriminalização da conduta. Nesse sentido, ressalta Queiroz que “embora não subsistindo quaisquer dos efeitos penais (v.g. reincidência) persistem todas as consequências não penais (civil, administrativo) do fato, como a obrigação civil de reparar o dano, que independe do direito penal”.⁹

Por se tratar de uma revisão da própria pretensão punitiva estatal, não há que se falar em desrespeito à coisa julgada que representa uma garantia individual do indivíduo frente ao Estado.

Em síntese, a *novatio legis in melius* e a *abolitio criminis* retroagem para beneficiar o agente criminoso, aplicando-se de forma imediata aos processos em andamento, sentenciados ou não, assim como à execução penal.

É preciso, ademais, consignar que havendo alteração do complemento da norma penal em branco, aplica-se a retroatividade penal da norma mais favorável.

O assunto, contudo, sempre foi controvertido.

Há autores que sustentam que sempre há retroatividade benéfica com a alteração do complemento da norma (Paulo José da Costa Junior e Basileu Garcia): autores que sustentam a irretroatividade da mudança do complemento, eis que a norma não teria sido revogada e seria tão somente temporariamente inaplicável (Frederico Marques, Nelson Hungria, Magalhães Noronha e Damásio de Jesus); parte da doutrina que sustenta que somente há aplicação retroativa se houver modificação real da norma complementar e, pois, da conduta criminosa (Júlio Fabbrini Mirabete); parte que sustenta que é necessário

⁸ Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp 1.107.275/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 04.10.2010.

⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*, p. 108.

verificar o critério de temporariedade no complemento da lei penal em branco, ou seja, existindo a temporariedade (típico de normas de vigência temporária), haverá ultratividade, inexistindo a temporariedade haverá a retroatividade *in melius* (Fernando Capez e Luiz Régis Prado).

O STF, por fim, sustenta que em se tratando de norma penal em branco homogênea, sempre haverá efeitos retroativos (complemento de mesma hierarquia normativa) e, em se tratando de norma penal em branco heterogênea, revestindo-se o complemento de excepcionalidade, não há retroatividade e, não havendo excepcionalidade no complemento da norma penal, incidiria a retroatividade.

4. SUCESSÃO/CONFLITO DE LEIS NO TEMPO

Ao se tratar de conflito de normas, é preciso distinguir, para fins didáticos, o conflito de normas simultaneamente em vigor, daquele tratado como sucessão ou conflito de leis no tempo, ou seja, de normas que não estavam concomitantemente em vigor.

No primeiro caso, duas ou mais normas podem ser, em tese, aplicáveis ao caso concreto e, havendo unidade fática ou pluralidade fática, estar-se-á, respectivamente, diante de conflito aparente de normas¹⁰ ou do concurso de crimes.¹¹

No presente caso, há sucessão de leis no tempo, isto é, as leis não estão em vigência simultânea e, como regra geral, a lei penal vigente na época do fato delituoso é a que embasará o julgamento e a execução penal do agente (*tempus regit actum*).

Já se sabe, contudo, que nem sempre a lei penal vigente na época do fato regulará toda persecução penal do fato criminoso, eis que entre a data do fato e o término do cumprimento da pena poderá haver alteração das leis penais, ocorrendo a sucessão ou conflito de leis penais no tempo.

O Código Penal adotou no art. 4º, a regra ou princípio da atividade, considerando o crime praticado no momento da conduta ativa (comissiva) ou omissiva.

¹⁰ Solucionado pelos Princípios da Especialidade, Subsidiariedade, Consunção e, para a doutrina majoritária, Alternatividade.

¹¹ Concurso material (art. 69, CP), Concurso formal (art. 70, CP) e Continuidade delitiva (art. 71, CP).

Tal regra, como se sabe, é crucial para dirimir problemas de imputabilidade, prescrição e, logicamente, para estabelecer o marco de qual a norma deve ser aplicada, como regra, para aquele caso concreto.

Para resolver esses casos de sucessão de lei, basta observar um único critério: aplica-se a regra penal mais benéfica ao acusado, na forma retroativa ou ultrativa. A lei penal mais favorável é aplicada mesmo que o fato punível tenha sido julgado, com trânsito em julgado (retroatividade) ou mesmo que tenha sido revogada com o advento da lei nova (ultratividade).

Em suma, a apuração do conflito ou sucessão de leis penais no tempo se dará através da análise das espécies de extratividade da lei penal: (a) *abolitio criminis*; (b) *novatio legis* incriminadora; (c) *novatio legis in pejus*; (d) *novatio legis in melius*.

Para verificar qual a lei penal mais benéfica, em regra, é possível a sua verificação hipoteticamente. Quando ambas as leis penais (anterior e posterior) forem de fácil constatação naquilo em que houve o favorecimento ao agente, aplica-se desde logo a mais vantajosa ao réu.

Nas hipóteses mais complexas, “não basta a comparação, em abstrato, de duas leis penais, para descobrir-se qual é a mais benéfica. Elas devem ser comparadas em cada caso concreto, apurando-se quais seriam os resultados e consequências da aplicação de uma e de outra”¹² e, nos casos de séria dúvida sobre a lei mais favorável, “deve a nova ser aplicada somente aos fatos ainda não decididos, nada impedindo seja ouvido o réu a respeito”.¹³

É possível, no entanto, que parte de uma lei revogada seja mais favorável e parte mais prejudicial ao agente quando em confronto com a nova lei penal: surge aqui um dos temas mais controvertidos na doutrina e jurisprudência em matéria de conflito ou sucessão de leis penais no tempo: a possibilidade de combinação de leis penais (*lex tertia*).

A questão é historicamente dividida na doutrina nacional.

A primeira corrente doutrinária conta com Basileu Garcia, Damásio de Jesus, Frederico Marques, Celso Delmanto, Cezar Roberto Bitencourt, Rene Ariel Dotti,

¹² DELMANTO, Celso *et. al.* *Código Penal comentado*, p. 85.

¹³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*, v. 1, p. 93.

Francisco de Assis Toledo e Magalhães Noronha e admite a combinação de leis favoráveis ao agente, sob o fundamento de que o juiz apenas efetua uma integração das normas, pois quem pode aplicar o todo, pode aplicar somente uma parte dela.

A segunda corrente, defendida por Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso, José Henrique Pierangeli, Costa e Silva, afirma não ser possível a fusão de leis, isto é, que não é possível dividir a norma para aplicar a parte mais benéfica, criando uma terceira lei (*lex tertia*). Para essa corrente, não cabe ao Poder Judiciário ou ao aplicador do direito criar uma terceira lei porque estaria legislando, ofendendo o princípio constitucional da separação de poderes. O STJ que sempre defendeu esse entendimento,¹⁴ acabou por pacificar a questão editando a Súmula 501, segundo a qual “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 o advindo da aplicação da Lei 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.”¹⁵

4.1. Competência para aplicação

Para saber qual o juiz competente para a aplicação da lei penal mais benéfica, é preciso observar a existência ou não de trânsito em julgado da sentença.

Inexistindo trânsito em julgado da sentença condenatória, a competência é do juízo de conhecimento (primeiro grau ou o Tribunal, nas hipóteses de competência originária) ou do tribunal recursal, caso esteja em grau de recurso (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Superiores).

Havendo o trânsito em julgado, compete ao Juízo da Execução, nos termos do art. 66, I, da Lei de Execução Penal. Esse entendimento, ademais, foi pacificado pelo STF, através da Súmula 611: “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.”

Por fim, é preciso registrar que, ainda que haja entendimento contrário amplamente minoritário, não é cabível a revisão criminal para aplicação da lei mais benéfica, visto que a hipótese não se enquadra nas situações previstas no art. 621 do CPP.

¹⁴ Veja nesse sentido, a título ilustrativo: STJ, HC 124782-ES: RHC 22407-PR.

¹⁵ No mesmo sentido, o STF tem se posicionado majoritariamente contra: STF, HC 107583-MG; HC 96844-MS e HC 68416-DF.

4.2. *Lex mitior e vacatio legis*

Em regra, a lei penal entra em vigor na data de sua publicação, mas nem sempre é assim. Por vezes, como se sabe, o legislador contempla, para amplo conhecimento da sociedade e destinatários da nova norma, um período de *vacatio legis*.

Nessa hipótese, sancionada, promulgada e publicada uma lei penal mais benéfica, há divergência doutrinária sobre a possibilidade de sua aplicação imediata antes mesmo de encerrar o prazo da sua *vacatio*.

A primeira é majoritária, defendida por Damásio de Jesus, Guilherme de Souza Nucci e Frederico Marques, e sustenta não ser possível a lei nova abranger o fato anterior ou concomitante ao período da *vacatio*, *porque nesse momento a lei penal ainda não possui eficácia jurídica ou social, isto é, tratar-se-ia de mera expectativa de lei*.

A segunda corrente, defendida por Rene Dotti, Celso Delmanto e Alberto Silva Franco, sustenta que, em se tratando de *lex mitior*, deve a lei ser aplicada desde logo, independentemente de estar em período de *vacatio legis* ou não: “a lei em período de *vacatio* não deixa de ser lei posterior, devendo ser aplicada desde logo, se for mais favorável ao réu”.¹⁶

4.3. Crime continuado e crime permanente

Em se tratando de crime continuado (art. 71 do CP) ou de crime permanente (cuja consumação se prolonga no tempo), a regra é que se aplica a lei mais nova, ainda que maléfica ao acusado.

Nessas hipóteses, havendo a modificação da lei quando ainda em prosseguimento a prática de crime continuado ou permanente, a lei nova é aplicada a toda a série de delitos praticados (caso seja crime continuado) ou para o crime permanente.

Isso porque, diante da ficção da continuidade delitiva que considerava a pluralidade de fatos uma unidade fática que beneficia o agente, assim como do tipo incriminador permanente cuja prolongação do tempo constitui a essência do verbo da

¹⁶ DOTTI, Rene Ariel. *Curso de direito penal*, p. 345.

norma penal incriminadora, não há que se falar em conflito ou sucessão de normas, isto é, havendo lei nova que entra em vigor durante o período de permanência ou da presumida continuidade, aplicar-se-á a nova lei, mesmo que seja prejudicial ao agente.

Nesse sentido, o STF editou a Súmula 711: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

Aliás, na hipótese de continuidade, o STJ já entendia que “caracterizada a continuidade delitiva, a aplicação da Lei 11.343/2006, mesmo quando mais gravosa ao sentenciado, mostra-se adequada, já que a atividade delitiva se prolongou até a entrada em vigor da novel de legislação de drogas. Enunciado sumular 711 do Supremo Tribunal Federal”.¹⁷

4.4. Princípio da continuidade normativo-típica

Entende-se como o princípio da continuidade normativo-típica quando uma lei é revogada, porém, a conduta ainda continua incriminada em outro dispositivo legal, não ocorrendo, nessa hipótese, a *abolitio criminis*.

Foi exatamente o que ocorreu com as elementares do chamado atentado violento ao pudor que foram incorporadas ao tipo penal do estupro no art. 213 do CP, por força da Lei 12.015/2009.¹⁸

Cunha leciona que “o princípio da continuidade normativo-típica significa a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento do conteúdo criminoso para outro tipo penal. A intenção do legislador, nesse caso, é que a conduta permaneça criminosa”.¹⁹

Nesse mesmo sentido, já se posicionou o STF, sustentando que “a revogação da lei penal não implica, necessariamente, descriminalização de condutas. Necessária se faz a observância ao princípio da continuidade normativo-típica, a impor a manutenção de

¹⁷ Nesse sentido: STJ, RHC 30.851-GO, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.3.2013; quanto ao crime permanente, veja: STJ, HC 111.120-DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.12.2010.

¹⁸ Nesse sentido: STJ, HC 217531-SP, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 02.04.2013; STJ, HC 204416-SP, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. 24.05.2012.

¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*, p. 106.

condenações dos que infringiram tipos penais da lei revogada quando há, como *in casu*, correspondência na lei revogadora”.²⁰

Em síntese, pelo princípio da continuidade normativo-típica não há abolição propriamente do crime, eis que o conteúdo da norma penal incriminadora é simplesmente deslocado para outra norma penal, havendo, pois, mera a revogação formal do artigo e subsistindo o fato típico.

4.5. Lei intermediária

A lei intermediária representa aquela que não era vigente ao tempo do fato e nem ao tempo do julgamento, porém, vigorou durante o processo criminal: ela surge no interregno de tempo entre o fato criminoso e o julgamento e prevalecerá, caso seja mais favorável, às demais leis.²¹

Assim, 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 extratividade: é, ao mesmo tempo, retroativa e ultrativa!”²²

5. LEI TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL

A lei temporária é aquela que tem prazo determinado de vigência, ou seja, é a norma que foi instituída por certo e determinado lapso temporal de vigência.²³ Já a lei excepcional é aquela promulgada para vigorar em situações anormais, tendo sua vigência subordinada à duração dessa circunstância emergencial que a criou.

Ambos os tipos de leis são espécies do gênero leis auto-revogáveis, previstas no art. 3º do CP e, pela anormalidade (prazo de duração ou situação excepcional que justifica

²⁰ STF, HC 106155-RJ, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 04.10.2011; STF, AI 804466 AgR-SP, 1ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 13.12.2011.

²¹ STF, RE 418876-MT, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.03.2004.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 1, pp. 167-168.

²³ A título ilustrativo, veja os arts. 30 e ss da Lei 12.663/2012.

sua vigência) possuem, sob pena de serem completamente inócuas e descumpridas, ultratividade ainda que maléfica.

Prado, nesse sentido, leciona que lei excepcional “visa atender situações excepcionais, de anormalidade social ou de emergência, não fixando prazo para sua vigência; vale dizer, tem eficácia enquanto perdurar o fato que a motivou. De sua vez, a lei temporária prevê formalmente o período de tempo de sua vigência, ou seja, delimita de antemão o lapso temporal em que estará em vigor. Exige duas condicionantes: situação transitória de emergência e termo de vigência”.²⁴

Com efeito, sem o fundamento para a ultratividade compulsória essas leis perderiam toda a sua força intimidativa, caso o agente já soubesse, de antemão que, após cessada a anormalidade ou o prazo de vigência acabaria impune pela aplicação da retroatividade benéfica.

6. RETROATIVIDADE DA LEI INTERPRETATIVA E DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Hungria entende que as leis interpretativas não podem retroagir em desfavor do réu, mas esse posicionamento, segundo Frederico Marques, não teria valia para a interpretação autêntica que não cria nem inova o ordenamento jurídico e, pois, deve ser aplicada de forma *ex tunc*.

A jurisprudência, em si, por posicionamento majoritário da doutrina, não comporta aplicação retroativa.

Ocorre que com a adoção das Súmulas Vinculantes (EC 45/04) e com a nova disciplina de precedentes vinculantes previstas no novo Código de Processo Civil que, historicamente, se aplica à matéria criminal (art. 927, CPC), parte da doutrina tem sustentado que os precedentes jurisprudenciais oponíveis *erga omnes* e com caráter vinculativo, assim como as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, teriam o mesmo poder da lei em sentido formal, no que diz respeito à criação do direito, razão pela qual teria sim efeitos vinculantes e, portanto, e ou de súmula vinculante, há que se falar em aplicação retroativa quando benéfica ao agente.²⁵

²⁴ PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*, p. 45.

²⁵ Nesse sentido: CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*, p. 110.

REFERÊNCIAS

BENTO DE FARIA, Antonio. *Código Penal brasileiro (comentado)*. Rio de Janeiro: Record, 1961. Volume I.

BITENCOURT, Cezar Roberto e CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Volume 1.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Volume 1.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DELMANTO, Celso *et. al.* *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, Rene Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1976. Volume 1. Tomo I.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito penal: comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Volume 4.

HUNGRIA Hoffbauer, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. Volume I. Tomo 1º.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Volume 1.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millennium, 1997. Volume I.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.