

## TEMPO DO CRIME

Márcio Franklin Nogueira\*

### 1. Conceito de norma penal e espécies

O Direito compreende, numa fórmula sintética, um conjunto de **normas** de conduta impostas coativamente pelo Estado. Estas normas, quando se relacionam com o crime ou com a pena, se dizem **penais**.

A norma penal, outrossim, pode ser (a) **geral** ou (b) **incriminadora**:

**a) a norma penal geral**, ou **norma penal em sentido amplo**, é aquela que, embora relacionada com o crime ou com a pena, não define crime nem comina pena. Exemplo: as regras previstas na Parte Geral do Código Penal (arts. 1 a 120);

**b) a norma penal incriminadora**, ou **norma penal em sentido estrito**, é aquela que define crime e comina a sanção. Exemplos: arts. 121 (homicídio), 129 (lesão corporal), 155 (furto), 171 (estelionato), etc.

É bom observar que nem todas as normas constantes da Parte Especial são incriminadoras. Veja-se, a propósito, aquelas dos arts. 128 (hipóteses em que não se pune o aborto), 181, 182 e 183 (Disposições Gerais relativas aos Crimes contra o Patrimônio), etc.

Já todas as normas constantes da Parte Geral são gerais, ou normas penais em sentido amplo. Não há, na Parte Geral, qualquer norma penal incriminadora.

A **norma penal incriminadora** tem características bem marcantes. Sua estrutura compreende (a) um **preceito** e (b) uma **sanção**. O preceito constitui a regra de conduta que o Estado impõe. E a sanção a penalidade cominada para a hipótese de seu descumprimento.

A sanção é sempre fixada entre um mínimo e um máximo, competindo ao Juiz, quando da aplicação da pena, individualizá-la. Assim, no homicídio, a **pena cominada** é de reclusão de 6 (mínimo) a 20 anos (máximo). O Juiz, quando da aplicação da pena, em casos de homicídio, deve estabelecer o seu “quantum” dentro destes dois limites.

Fala-se em **pena cominada**, ou **pena abstrata**, quando a referência é feita à pena prevista na lei (entre um mínimo e um máximo), e em **pena concretizada**, ou **pena individualizada**, quando a referência é feita a uma pena efetivamente imposta a alguém pelo Juiz.

Outro aspecto interessante: o **preceito** compreende uma regra proibitiva implícita. No homicídio, por exemplo, a proibição é de matar. Porém, ao invés de

---

\* Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito Padre Anchieta, de Jundiá. Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

dizer “não matar”, o tipo penal diz “matar alguém”. O tipo penal descreve sempre uma **conduta proibida**. Quando alguém pratica um fato que se enquadra no tipo penal sujeita-se à pena cominada. Como se observa, o delinqüente, com sua conduta, não infringe o preceito penal; antes, pelo contrário, adequa-se a ele. O que infringe é a regra de conduta imposta pelo Estado.

## **2. O princípio da legalidade:**

O princípio da legalidade (com a formulação latina: “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali”), também conhecido como **princípio da reserva legal**, tem previsão constitucional (art. 5o, XXXIX), e inaugura o Código Penal (art. 1º), tamanha a sua importância<sup>1</sup>. Representa, sem dúvida, uma das maiores conquistas do direito penal moderno.

No Direito Penal Romano, embora já se conhecessem alguns delitos com previsão em lei, era possível declarar puníveis ações legalmente não incriminadas. O mesmo ocorreu na Idade Média, considerada, aliás, a idade de ouro das penas arbitrárias e cruéis.

Apesar da obra de Beccaria, que se insurgiu contra este estado de coisas, costuma-se apontar a Magna Carta, de João Sem Terra, imposta aos Barões Ingleses, em 1215, como o primeiro antecedente histórico deste princípio. Ficou aí estabelecido que nenhum homem livre podia ser punido senão pela lei da Terra.

Contudo, foi com a Revolução Francesa que o princípio recebeu precisa formulação: “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada” (art. 5o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - 1789).

Montesquieu, em sua célebre obra “O Espírito das Leis”, também defendeu o princípio, deixando expresso que o Juiz não poderia, sem usurpação de poderes que competem ao Legislativo, estabelecer penas e sanções.

Na legislação penal, o princípio apareceu, pela primeira vez, em 1787, com a codificação de José II, na Áustria. Em 1810, o Código Penal Francês também o adotou, em seu art. 4º. A partir de então difundiu-se ele por todo o mundo.

A Inglaterra, embora tenha regime liberal, não adota este princípio, como conseqüência lógica de seu sistema jurídico, que é consuetudinário.

O princípio da legalidade tem como principal corolário a **irretroatividade da lei penal incriminadora**. Também impede a criação de crimes e penas através do costume. A analogia, conseqüentemente, também não é admitida para incriminar condutas. Somente através de lei, portanto, é que se pode definir crimes e cominar penas. Via de conseqüência, a Medida Provisória, que não é lei, embora tenha **força de lei**, não pode criar crimes, nem cominar penas. Mas, esta impossibilidade desaparece uma vez convertida em lei, pelo Poder Legislativo, a Medida Provisó-

---

<sup>1</sup> Fernando Capez sustenta que em realidade o princípio da legalidade é o gênero, compreendendo os princípios da reserva legal (só a lei pode definir os crimes) e o da anterioridade (a lei deve estar em vigor no momento da infração penal) (CAPEZ, Fernando. **Direito Penal, Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000, p.31 e segs.).

ria. A partir deste momento, e somente a partir dele – conversão da medida provisória em lei – é que ganha eficácia a norma penal incriminadora definida na Medida Provisória.

Acarreta, também, uma outra conseqüência de grande relevo. O tipo penal deve ser cerrado, isto é, descrever a conduta típica com muita precisão, evitando deixar em aberto discussões sobre a definição exata da conduta incriminada.

Dai a advertência de Sebastian Soler, a respeito do risco de possibilidade de violação do princípio em sua substância, sem revogá-lo expressamente. Isto seria possível, exemplifica o penalista argentino, com a criação de **tipos abertos**, que *“deliberadamente contienen referencias meramente ejemplificativas o totalmente vagas, indefinidas o equívocas, tendientes a alcanzar cualquier acción”*<sup>2</sup>.

### **3. A Norma penal no tempo**

#### **3. 1. O direito intertemporal ou transitório**

A lei, como o ser humano, tem um ciclo: nasce, vive e morre. Nasce com a promulgação. A partir de então é aplicável (tem vigência). E morre no instante em que é revogada.

A lei penal, portanto, é aplicável a todos os atos praticados durante o período de sua vigência (em que vive). Porém, às vezes um crime é praticado sob o império de determinada lei, sendo que, quando de seu julgamento, outra é a lei em vigor. Pergunta-se, então, qual a lei aplicável: aquela vigente à época do fato ou aquela vigente à época do julgamento? As regras utilizadas para solucionar esta questão constituem o denominado **direito intertemporal** ou **direito transitório**, denominações que têm sido objeto de críticas pela imprecisão e impropriedade jurídicas.

É princípio básico vigorante no chamado direito intertemporal que os fatos são regulados pela lei vigente ao tempo de sua ocorrência (**“tempus regit actum”**). Em conseqüência, todas as leis são, em princípio, irretroativas. Isto é, não alcançam fatos ocorridos antes de sua vigência. A lei penal com maior razão, face ao princípio da legalidade. Além de irretroativa, a lei penal, em regra, também não pode ser ultra-ativa. Isto é, alcançar fatos ocorridos depois de sua revogação.

De acordo com o art. 2º do C. Penal, *“ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais a sentença condenatória*.

Na primeira parte, o texto legal cuida da chamada **“abolitio\_criminis”**. Ou seja, o fato deixa de ser incriminado por lei posterior. Em outras palavras, o que era crime, deixa de sê-lo. Justifica-se a regra, pois se a lei nova, exteriorizando a consciência jurídico-penal, não mais incrimina aquela conduta, não há razão para não aplicá-la igualmente aos fatos anteriores.

Outrossim, a **“abolitio criminis”** tem como conseqüências a cessação da

---

<sup>2</sup> SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1.973, vol. I, p. 109

execução e dos efeitos penais da sentença condenatória. Assim, quando alguém é condenado definitivamente (sentença com trânsito em julgado), tem lugar a fase executória. Isto é, aquela sentença condenatória vai ser executada, com a prisão do condenado, por exemplo. Porém, advindo lei que deixa de considerar crime aquele fato pelo qual ele foi condenado, cessa a execução desta sentença condenatória imediatamente, sendo ele colocado em liberdade.

Mais ainda. A condenação criminal tem como efeito principal a imposição da pena, mas, produz ela também efeitos secundários, de natureza penal e extrapenal. Nos termos da parte final do art. 2º do CP, somente cessam os efeitos penais da sentença condenatória. Persiste, pois, aquele efeito civil, de reparação do dano.

Por outro lado, a lei nova, embora não deixando de incriminar a conduta, pode trazer situação mais favorável ao autor de crime. Neste hipótese, aplica-se retroativamente ao fato praticado anteriormente a sua vigência. É o que dispõe o parágrafo único deste art. 2º: *“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”*

Portanto, quando mais benigna, a lei penal retroage, isto é, alcança fatos ocorridos antes de sua vigência. É a **retroatividade da lei penal mais benigna**.

Outrossim, podemos dizer, também, que a lei mais benigna, além de retroativa, é também ultra-ativa, pois mesmo depois de revogada continuará a ser aplicada aos fatos praticados sob sua vigência. O que não ocorre com a lei mais severa, que não é nem retroativa, nem ultra-ativa.

A sucessão de leis penais no tempo, como foi visto, pode gerar as seguintes situações: **a) a lei nova incrimina fato anteriormente lícito:** neste caso, ela não retroage. Vale apenas para os fatos praticados depois de sua vigência. Ex: o chamado **furto de uso** não é incriminado atualmente. Se legislação posterior vier a incriminá-lo, somente será aplicável aos fatos praticados depois de sua vigência; **b) a lei nova deixa de incriminar determinada conduta:** aplica-se imediatamente, extinta a punibilidade nos termos do art. 107, III, do C. Penal. A **“abolitio criminis”**, como a hipótese é conhecida, faz desaparecer o delito, subsistindo apenas os efeitos civis da sentença condenatória. Deve ser declarada de ofício pelo juiz, em qualquer fase processual. Se já houver condenação, o nome do réu será riscado do rol dos culpados e o fato não pode servir futuramente para configurar reincidência. Podemos exemplificar com o Código Penal de 1890, que definia assim o crime de defloramento: “deflorar mulher menor de idade empregando sedução, engano ou fraude”. A idade da vítima devia situar-se entre os 16 e 21 anos. Posteriormente, o vigente Código Penal, ao definir o crime de sedução estabeleceu outro limite de idade: maior de 14 e menor de 18. Desta forma, se alguém, antes do Código atual, tivesse deflorado menor com 20 anos de idade, teria extinta sua punibilidade a partir de sua vigência. Esta regra está expressa no art. 2º, “caput”, do C. Penal; **c) a lei nova, embora não suprimindo a incriminação, de outro modo beneficia o agente:** também nesta hipótese, a lei nova tem aplicação

imediate, porque mais benéfica, alcançando mesmo os fatos ocorridos anteriormente, sem qualquer restrição.

Assinale-se, ainda, que estando o processo em Primeiro Grau, é o Juiz quem deve tomar as providências para tornar efetiva a aplicação da lei mais benigna. Estando em Segundo Grau, a competência é do Tribunal que irá julgar o recurso. Após o trânsito em julgado da sentença, a competência passa a ser do juiz da execução (súmula n. 611 do S.T.F.).

### **3. 2. Apuração da lei mais benigna**

Mais favorável, via de regra, é a lei que, modificando a anterior, coloca determinada conduta sob uma incriminação mais benigna. Nem sempre, no entanto, é fácil averiguar qual é a lei mais benigna. Devem as duas leis, a nova e a velha, ser examinadas no conjunto de suas disposições aplicáveis à espécie. E sempre tendo em vista o caso concreto, mesmo porque, em determinadas hipóteses, é quase impossível formular qualquer conclusão em abstrato. Imagine-se uma lei nova que diminua o mínimo e aumente o máximo da pena cominada. Em se aplicando a pena mínima, será ela mais benigna. Porém, na aplicação da pena máxima será mais gravosa.

A melhor solução é o juiz aplicar, hipoteticamente, ambas as leis ao caso concreto, optando por aquela mais benéfica ao réu.

O que fazer, no entanto, quando houver dúvida sobre qual a lei mais benéfica? Nelson Hungria<sup>3</sup> sustenta a aplicação da lei nova apenas aos casos ainda não julgados. Damásio tem a mesma posição, mas adverte que nada impede seja ouvido o réu a respeito; ou seja, que se deixe a ele a escolha da lei aplicável<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Eis a lição de Hungria: "Nos casos de irreductível dúvida sobre qual seja a lei mais favorável, deve ser aplicada a lei nova somente aos casos ainda não julgados. Os Códigos mexicano de 1871 e espanho de 1928 dispunham que "en caso de duda sobre la ley más favorable deberá ser oido el reo". Tal solução já fora proposta por Zachariae, e modernamente a defender Dorado e Cuello Calón, como a mais racional, pois "ninguém melhor que o réu para conhecer as disposições que lhe são mais benéficas". A jurisprudência norte-americana admite esse critério de decisão e perante o nosso Código não há razão para recusa-lo" (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1.977, p. 133 e 134).

<sup>4</sup> Na lição de Damásio Evangelista de Jesus, em caso 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". JESUS, Damásio E.. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1.998, vol. 1, p. 91.

### 3. 3. Combinação de leis penais

Controverte-se sobre a possibilidade de se mesclar várias leis para favorecer o acusado. Ou seja, aplicar ao mesmo tempo disposições da lei velha e da nova. Têm opinião favorável, Basileu Garcia<sup>5</sup>, Magalhães Noronha<sup>6</sup>, Damásio E. de Jesus<sup>7</sup> e Frederico Marques<sup>8</sup>. Em sentido contrário: Nelson Hungria<sup>9</sup>, Aníbal Bruno<sup>10</sup> e Heleno Fragoso<sup>11</sup>. O argumento principal destes últimos é que o juiz, assim agindo, estaria criando uma outra lei, invadindo esfera de atribuição específica do Legislativo.

### 3. 4. Leis intermediárias

Pode ocorrer que o fato seja praticado sob a vigência de uma lei, e antes do julgamento outras duas se sucedam, disciplinando-o. Aplicável será, sem dúvida, a que for mais favorável ao réu. Assim, a primeira é ab-rogada pela intermediária, se mais favorável esta. A intermediária, sendo mais benigna, prevalece sobre a posterior, com ultra-atividade. A terceira, sendo mais severa, não retroage. E assim sucessivamente.

---

<sup>5</sup> Saliência, no entanto, Basileu Garcia, que esse critério, como orientação geral, é exato. Porém, "há casos em que a sua observância estrita leva a conseqüências clamorosamente injustas, e será necessário temperá-lo com um pouco de equidade. A própria Lei de Introdução do Código Penal (Dec. Lei n. 3.914, de 1.941), procurando resolver algumas hipóteses de conflito de leis no tempo, admitiu, em certa passagem, a combinação da lei antiga com a nova. Havendo dúvida séria quanto à escolha da lei aplicável, será justo aquiescer-se à preferência manifestada pelo próprio acusado. Ele, o maior interessado, poderá opinar, por exemplo, se acha mais pesada a multa que a prisão". GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 4ª ed., vol. 1, p. 148

Conforme assinala Magalhães Noronha, esse critério, de combinação de leis, "apresenta solução equânime no período transitório entre duas leis, e é consuetudinária com o princípio do tratamento mais benigno ao acusado" (NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1.998, vol. 1, p. 80)

<sup>7</sup> Eis a lição de Damásio, a respeito do tema: "Não obstante ser mais comum a tese da impossibilidade de combinação, há razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais. Se o Juiz pode aplicar o todo de uma lei ou de outra lei pra favorecer o sujeito, não vemos porque não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional. Este não estaria sendo obedecido se o Juiz deixasse de aplicar a parcela benéfica da lei nova, porque impossível a combinação de leis". (ob. Cit., p. 92/93)

<sup>8</sup> Conforme salienta José Frederico Marques, "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. O órgão judiciário não está tirando, ex nihilo, a regulamentação eclética que deve imperar hic et nunc. A norma, no caso concreto é constituída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição." (Marques, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas> Bookseller Editora, 1.997, vol. I, p. 257)

<sup>9</sup> Diz Hungria que "não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova como das da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando um terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo" (ob. Cit., pg. 120)

<sup>10</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, pg. 270

<sup>11</sup> "Em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu, aplicando ambas parcialmente. O CP de 1969 contém a respeito disposição expressa (art. 2º, § 2º)". FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1.976, Parte Geral, p. 117.

### 3. 5. A lei excepcional ou temporária

A lei nasce, como foi visto, com a sua promulgação; vigora a partir daí; e morre quando revogada. Há leis, no entanto, que trazem no seu próprio bojo o limite de vigência, o seu termo final. São as chamadas leis de vigência temporária. Esgotado o limite de vigência, perde ela sua eficácia, ocorrendo uma verdadeira auto-revogação. São as leis conhecidas como **temporárias**. Outras, têm o seu período de vigência condicionado a algum acontecimento extraordinário (calamidade pública, guerra, epidemia, etc.), que as determinam. São as leis **excepcionais**. Cessado o acontecimento extraordinário, deixam de vigor.

Nos termos do art. 3º do Cód. Penal<sup>12</sup>, as leis excepcionais ou temporárias são **ultra-ativas**, pois continuam a ser aplicadas aos fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo depois de sua auto-revogação<sup>13 14</sup>. Justifica-se esta regra, pois do contrário estaríamos indo contra a própria razão de ser de tais leis. Por outro lado, bastaria ao réu protelar o julgamento até que perdessem elas sua eficácia para ser absolvido. Além disso, não fosse assim e teríamos situações de grande injustiça. Suponha-se que duas pessoas cometam o mesmo delito, no mesmo dia. Porém, o processo de uma delas anda mais rápido que o outro. Com a perda de eficácia da lei incriminadora, apenas um deles seria punido. Mais ainda. Se assim não fosse, os fatos delituosos praticados nos últimos dias de vigência da lei ficariam impunes, dada a impossibilidade material de término dos respectivos processos criminais.

### 3. 6. Os crimes permanentes no direito intertemporal

Crime permanente é aquele cuja consumação se prolonga no tempo (ex: Seqüestro ou cárcere privado). A este tipo de crime se aplica desde logo a lei nova, ainda que mais grave, porque a todo momento, durante a permanência, está atuando a vontade delituosa. Irrelevante que o estado de permanência tenha se iniciado sob a égide de lei mais benéfica<sup>15</sup>.

### 3. 7. Os crimes continuados no direito intertemporal

O crime continuado é constituído de vários fatos criminosos da mesma espécie, praticados pelo mesmo agente, de modo que os subseqüentes são tidos, pelas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, como continuação dos antecedentes. (ex: sucessivas subtrações de uma loja comercial por um em-

<sup>12</sup> Com a redação dada pela lei n. 7.209/84

<sup>13</sup> "A lei excepcional temporária, como a que fixa a tabela de preços, aplica-se aos fatos praticados durante sua vigência, ainda que ultrapassado seu prazo de duração, não dando ensejo à inovação de lei mais benigna a ~~posterior revogação da lei, posto que~~ **posterior revogação da lei, posto que a multa punível é a cobrança do preço abusivo**" (TAMG - RT 592/382)

<sup>14</sup> "O preço abusivo de produto essencial tabelado deve pagar-se ao instante em que é cobrado. Ora, se a tabela, complemento da lei, é lei, cuida-se então de lei temporária ou excepcional. Daí aplicar-se ao fato praticado durante sua vigência, mesmo depois de cessadas as circunstâncias que a determinaram" (TACRIMSP - RT 481/345). No mesmo sentido: RT 556/425, 492/391.

<sup>15</sup> Cf. Nelson Hungria, op. cit., p. 136; Damasio E. de Jesus, op. cit., p. 103.

pregado). A situação é a mesma do crime permanente<sup>16</sup>. A lei nova aplica-se aos fatos praticados após sua vigência, desconsiderados os atos praticados na vigência da lei anterior<sup>17</sup>.

Damásio Evangelista de Jesus apresenta três hipóteses, relativamente ao crime continuada. Na primeira, o agente praticou a série de crimes sob o imperito de duas leis, mais grave a posterior. Incide a lei nova, ainda que mais grave. Na segunda, sobrevivendo lei nova incriminadora, os fatos penais praticados antes de sua vigência são irrelevantes. O agente responderá, então, pelos fatos cometidos sob a vigência da lei, a título de crime continuado, se estiverem presentes os requisitos ao seu reconhecimento. Finalmente, na terceira hipótese, de lei nova supressiva da incriminação, ela retroage, alcançando os fatos ocorridos antes de sua vigência<sup>18</sup>.

### **3. 8. As leis interpretativas e corretivas no direito intertemporal**

Também tais leis, se mais gravosas, não se aplicam aos fatos praticados anteriormente a sua vigência.

### **3. 9. As leis penais em branco e o direito intertemporal**

Muitas vezes o preceito da norma penal está incompleto, dependendo ela, para sua executoriedade, de uma complementação. Quando isto ocorre, estamos diante de uma **normal penal em branco** <sup>19</sup>.

A descrição da conduta típica é incompleta. Deve ser complementada ou por outra norma jurídica (ato legislativo) ou até mesmo por um ato administrativo. As disposições de outra lei (ato legislativo) ou de um Decreto (ato administrativo) que a complementam passam a integrá-la para todos os efeitos.

O art. 269 do C. Penal (omissão de notificação de doença) constitui exemplo de norma penal em branco: "Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória". As doenças cuja notificação é compulsória constam de decreto governamental, que assim complementa aquela norma penal em branco. Outros exemplos, no Código Penal: arts. 268 e 323.

Importa considerar, agora, a situação de tais **normas penais em branco** tendo em vista a sucessão da norma complementar no tempo. Isto é, a influência que a modificação da norma complementar exerce quando mais benéfica.

<sup>16</sup> Cf. Nelson Hungria, op. cit., p. 136: "Em relação ao crime continuado (pluralidade de crimes da mesma espécie, sem intercorrente punição, que a lei unifica em razão de sua homogeneidade objetiva), se os atos sucessivos já eram incriminados pela lei antiga, não há duas séries (uma anterior, outra posterior à lei nova), mas uma única (dada a unidade jurídica do crime continuado), que incidirá sob a lei nova, ainda mesmo que esta seja menos favorável que a antiga, pois o agente já estava advertido da maior severidade da sanção, caso persistisse na "continuação". Se, entretanto, a incriminação sobreveio com a lei nova, segundo esta responderá o agente, a título de crime continuado, somente os atos posteriores (subseqüentes à entrada em vigor da lei nova) apresentarem a homogeneidade característica da "continuação", ficando inteiramente abstraídos os atos anteriores".

<sup>17</sup> "Tratando-se de crime continuado e havendo a lei nova atuado no curso de série delitiva, tanto se considera momento da ação o do primeiro fato parcial, quanto o do último" (STJ - RE 67.649, DJU de 16.10.95, pg. 34.683).

<sup>18</sup> op. cit., p. 104

<sup>19</sup> "corpos errantes à procura de alma", no dizer de Binding

É grande o debate sobre o assunto. Duas correntes se formaram no Tribunal de Justiça de São Paulo: uma admitindo e outra negando a retroatividade benéfica em se tratando de lei penal em branco. O Supremo Tribunal Federal, relativamente à revogação ou alteração de tabela de preços, entendeu aplicável a lei excepcional mesmo depois de encerrada sua vigência<sup>20</sup>.

Basileu Garcia<sup>21</sup>, excepcionando o tabelamento de preços, defende a retroatividade, dizendo que a disposição extra-penal se impregna de conteúdo penal, passando a fazer parte do tipo.

Nelson Hungria<sup>22</sup>, Magalhães Noronha<sup>23</sup> e Frederico Marques<sup>24</sup>, no entanto, defendem posição contrária.

Sebastian Soler<sup>25</sup>, por sua vez, ensina que para haver retroatividade é preciso que a variação da norma complementar importe em verdadeira alteração da figura abstrata do tipo penal; e não uma circunstância secundária, que em realidade deixe subsistente a norma. Exemplifica com a hipótese de retirar-se de uma moeda este seu caráter monetário, o que não exercerá nenhuma influência em condenações por falsificação da mesma.

O Prof. Heleno Fragoso<sup>26</sup> também faz esta distinção entre os casos em que a alteração da norma complementar descriminaliza a conduta, beneficiando o réu, quando será retroativa, e aqueles outros em que isto não ocorre, como nas tabelas de preço, fixadas para atender situações momentâneas. De fato, alteração posterior do tabelamento não pode ser considerada para beneficiar o réu, sob pena de esvaziamento total deste tipo de norma penal em branco, que perderia eficácia. Considere-se que a simples alteração da tabela de preços não implica em **nova valoração jurídica da conduta**.

Examine-se o crime do art. 269, omissão de notificação de doença. Como se sabe, a relação das doenças cuja notificação é compulsória consta de um ato administrativo. Suponha-se um médico sendo processado por este crime quando os responsáveis pela saúde pública, verificando que aquela doença, por ele não notificada, não deveria constar da relação e a retiram. Houve alteração do próprio tipo, uma nova valoração jurídica do fato. Justifica-se, então, a retroatividade benéfica.

Por último, o posicionamento de Fernando Capez: a) se o complemento da norma penal em branco também for uma lei, a sua revogação retroagirá em benefício do agente, tornando atípico o fato cometido (ex: modificação da lei civil excluindo um determinado impedimento do rol do art. 183, face ao delito do art. 237 do

---

<sup>20</sup> "A revogação ou alteração da tabela, ou liberação do preço posteriores à infringência da norma penal em branco, não descriminam o fato típico anterior" (Rel. Cordeiro Guerra, RTJ 74/590)

<sup>21</sup> op. cit., p. 155

<sup>22</sup> op. cit., p. 137

<sup>23</sup> op. cit., p. 81

<sup>24</sup> op. cit., p. 276

<sup>25</sup> cf. E. Magalhães Noronha (op. cit., p. 82)

<sup>26</sup> op. cit., p. 116/117

CP); b) se o complemento for ato normativo infralegal, somente terá repercussão quando a norma complementar tiver sido editada em situação temporária ou de excepcionalidade (art. 3º). Assim, em relação do crime de venda de gênero acima do valor de tabela (art. 2º, VI, da lei 1.521), a modificação do valor da tabela, ou a revogação da tabela, não retiram a ilicitude da conduta, porque mesmo assim o agente continuou tendo vendido a mercadoria acima do valor da tabela então vigente. Já no crime do art. 12, “caput”, da lei 6.368 (entorpecentes), a exclusão da substância da relação da Portaria da DIMED torna o fato atípico, porque houve verdadeira alteração da estrutura do tipo <sup>27</sup>.

#### **4. Tempo do crime:**

##### **4. 1. Evolução legislativa da retroatividade benéfica**

O princípio da irretroatividade da lei penal é decorrência da consagração, no século das Luzes, do princípio do “nullum crimen nulla poena sine lege”.

Já o princípio da retroatividade da lei mais benéfica esbarrou, num primeiro momento, na intangibilidade da coisa julgada, limitação reconhecida por numerosas legislações de autores. Carrara apontava, como solução para o problema, para os casos definitivamente julgados, o instituto da graça, como forma de eliminar a injustiça da persistência da condenação em face do aparecimento da lei nova mais benigna.

O Código Criminal do Império, aludindo exclusivamente à pena, mandava aplicar a lei mais benigna para os crimes “que tiverem de ser sentenciados em primeira ou segunda instância, ou em virtude de revista concedida” (art. 309).

Já o Código de 1.890 determinava a aplicação da lei nova se cominasse pena menos rigorosa, inclusive se houvesse condenação definitiva (art. 3º)<sup>28</sup>.

O Código Penal de 1.940, em sua redação original, mandava aplicar incondicionalmente a lei nova mais favorável aos casos de “abolitio criminis” e de cominação de pena menos grave. Nos demais casos (de lei posterior, “que de outro modo favorece ao gente”), apenas ao fato não definitivamente julgado.

A doutrina, no entanto, combatia o dispositivo, invocando a Constituição Federal de 1.946, e sustentava a ampla retroatividade da lei mais favorável, sem qualquer limitação.

Esse entendimento, constante do Projeto Nelson Hungria, acabou incorporado no Código Penal de 1.969, em seu art. 2º.

Posteriormente, a reforma penal de 1.984 acabou por trazer esse posicionamento para o Código Penal de 1.940, com a redação do parágrafo único do art. 2º: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

---

<sup>27</sup> ob. Cit., pg. 43/44

<sup>28</sup> cf. Heleno Fragoso, ob. cit., p. 111

#### 4.2. A importância do estudo do tempo do crime

O estudo do tempo do crime, ou seja, a verificação do momento em que deve ele ser tido por praticado, reveste-se de grande importância prática. Veja-se a seguinte hipótese: alguém, faltando um dia para completar a maioridade penal, atira em outro, ferindo-o mortalmente. Contudo, a vítima apenas morre três dias depois, quando já maior de idade o autor do disparo. A consideração do tempo do crime como sendo aquele em que a ação de atirar foi praticada, leva à inimizabilidade do agente; a consideração como sendo aquele em que se deu o resultado, leva à responsabilidade penal do autor do disparo.

#### 4.3. Doutrinas a respeito do tema

A doutrina aponta três soluções para a determinação do tempo do crime: a) **teoria da atividade**: o crime se considera praticado no momento mesmo da **ação ou omissão (conduta ou atividade)**; b) **teoria do resultado**: o crime apenas se configura no instante em que ocorre o resultado objetivado pelo agente; c) **teoria da ubiqüidade**: considera tempo do crime tanto o momento da ação como o do resultado.

#### 4.4. O tempo do crime na legislação penal brasileira

A tendência dominante na doutrina sempre foi considerar a prática da ação como o tempo do crime (teoria da atividade), porque é neste momento que o agente transgredir a norma penal. Naquela hipótese levantada de início, o autor do disparo é inimputável, porque menor de idade. Nosso Código Penal não possuía qualquer dispositivo sobre o assunto. Apenas recentemente se introduziu o art. 4º, consagrando legislativamente a solução que a doutrina já encontrara: "*considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*"<sup>29</sup>.

Assim, naquela hipótese aventada de início, o autor do disparo não responderá pelo crime, porque menor à época da conduta.

A questão do tempo do crime não foi tratada no Código Penal de 1.940, em sua redação original. Nelson Hungria, um dos revisores do Projeto Alcântara Machado, que resultou naquele diploma legal, assim se manifesta a respeito do tema: "*A teoria aceitável, a que decorre como corolário mesmo do princípio da **anterioridade da lei penal**, é a **da atividade**. Como diz Von Bar (ob. cit., pág. 81), desde que a lei penal é destinada a agir sobre a **vontade**, deve sr dada ao indivíduo a possibilidade de conhece-la; de modo que, logicamente, o tempo do crime não pode ser outro senão o tempo da ação, isto é, o tempo do **ato de vontade (Willensakt)**. Mesmo que a ação seja cometida quando já publicada a **lex nova**, mas ainda no seu período de **vacatio**, sobrevindo o resultado após o término deste,*

<sup>29</sup> Redação deste artigo determinada pela lei n. 7.209/84. Outrossim, já se decidiu: "Tratando-se de crime continuado e havendo a lei nova atuado no curso de série delitiva, tanto se considera momento da ação o do primeiro fato parcial, quanto o do último" (STJ - RE 67.649, DJU de 16.10.95, pg. 34.683).

a solução não muda: deve entender-se que o fato, como um todo, sob o ponto de vista jurídico-penal, ocorreu ao tempo da lei antiga, que ainda não perdera o vigor ao tempo da ação<sup>30</sup>.

Também esta a lição de Magalhães Noronha, relativamente à teoria da atividade: *“É esta que mais intimamente está ligada à vontade do agente: é, por excelência, nesse momento eu, conscientemente, ele incorre no juízo de reprovação social. O resultado não depende exclusivamente do elemento volitivo do agente: há entre esse elemento e ele fatores imponderáveis que se subtraem à vontade ou ação do agente – pense-se no fato de uma pessoa atirar contra outra, ocorrendo não acertar, feri-la de leve, gravemente ou mata-la”*<sup>31</sup>.

O tema, no entanto, foi objeto do Projeto de Código Penal elaborado por Nelson Hungria, que resultou no Código Penal de 1.969, sendo, posteriormente, na reforma de 84, introduzido no Código Penal vigente (art. 4º, já referido).

Assim, não resta qualquer dúvida, em especial pela expressa previsão legal, que tempo do crime é o tempo da ação ou omissão.

Quando se fala em ação (em sentido estrito) ou omissão, se está falando, também, em conduta<sup>32</sup>, ou ação em sentido amplo.

Por outro lado, é preciso considerar que a ação (em sentido amplo) ou a conduta muitas vezes se compõem de atos. Veja-se a hipótese de alguém, pretendendo matar outrem, ministrar-lhe, diariamente, pequenas doses de veneno. Ao fim de certo tempo logrará atingir o seu objetivo, que é matar a vítima. A conduta (ou ação em sentido amplo) foi uma só, embora integrada por vários atos (cada uma das vezes que lhe ministrou a pequena quantidade de determinado veneno).

Resta, assim, a dúvida. Nesta hipótese, em que a conduta se integra de vários atos, qual o momento que se tem por realizada a ação (em sentido amplo), para os fins daquele art. 4º ?

Como assinala Zaffaroni, *“la realización de la conducta tiene generalmente un momento inicial y un momento terminal. Así, un sujeto mata a otro con diez dosis de veneno dadas en días sucesivos; otro incendia un campo y sigue arrojando combustible durante varias horas para que el incendio se extienda; otro secuestra a alguien y lo mantiene encerrado en su sótano durante tres meses. Cuál es en estos casos el momento de la comisión del hecho ¿ desde qué momento deben compararse las leyes que regían para determinar cuál es la más benigna ¿ Se aplica la ley que regía al tiempo en que cesa la conducta comisiva o ello implica una violación al principio de irretroactividad de la ley penal? ”*<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> op. cit., p. 135 e 136

<sup>31</sup> op. cit., p. 83

<sup>32</sup> Conforme ensina Roxin, “según la opinión más extendida, acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad” (ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1.997, p. 196)

<sup>33</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar Editora, 1.977, p. 142

É ainda o ilustre penalista argentino quem, depois de dizer que a doutrina em seu país parece inclinar-se pelo momento do começo da atividade voluntária como sendo o tempo do crime, dá sua posição: “*Por nuestra parte creemos que es aquél em que la actividad voluntária cesa*”<sup>34</sup>.

Realmente, esta a posição mais correta, de vez que somente se pode dizer realizada a ação quando se faz presente o último ato que a compõe. Antes disso, a conduta está em andamento, ainda não está completa.

#### **4.5. Tempo do crime e termo inicial do prazo prescricional**

Embora o legislador penal tenha adotado, para o estabelecimento do tempo do crime, a teoria da atividade, o certo é que, no tocante ao termo inicial do prazo prescricional, como se vê da redação do art. 111, não caminhou pela mesma trilha.

Mas não há qualquer contradição entre esses dispositivos legais. São duas situações diversas. Numa, trata-se de determinar o momento em que se tem por praticado o crime, quando se adotou a teoria da atividade (art. 4º); na outra, determina-se o termo inicial do prazo prescricional, optando-se, então, pela teoria do resultado.

Assim, não se aplica à prescrição a regra do art. 4º, não se podendo falar, em absoluto, em derrogação do art. 111 pela superveniência deste art. 4º. Mas, relativamente à redução do prazo prescricional para o agente relativamente menor (art. 115, primeira parte), incide a regra do art. 4º, levando-se em conta o tempo da ação<sup>35</sup>.

Idêntica a situação no direito penal argentino<sup>36</sup>.

### **BIBLIOGRAFIA**

**BRUNO**, Aníbal. **Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1.959

**CAPEZ**, Fernando. **Direito Penal, Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000

**DELMANTO**, Celso et al. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.000

---

<sup>34</sup> Id.

<sup>35</sup> DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.000, p. 10

<sup>36</sup> Como salienta Sebastian Soler, “con respecto a la prescripción, en cambio, es indudable que el art. 63, CP, toma en mira el momento del resultado, pues en ese sentido se pronuncia en el caso más extremo de duración delictiva, cual es el delito continuo, en el que comienza a contar desde que cesa de cometerse” (SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1.973. vol. 1, p. 198)

**DOTTI**, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.001

**FRAGOSO**, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1.976, Parte Geral

**GARCIA**, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 4ª ed., vol. 1

**JESUS**, Damásio E.. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1.998, vol. 1

**HUNGRIA**, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1.977, vol. 1

**MARQUES**, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas> Bookseller Editora, 1.997, vol. I

**MIRABETE**, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Editora Atlas, 2.000

**NORONHA**, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1.998, vol. 1

**ROXIN**, Claus. **Derecho Penal. Parte General**. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1.997

**SOLER**, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1.973, vol. I

**ZAFFARONI**, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar Editora, 1.977