

# CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS TEMPORÁRIAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

## CONSIDERATIONS ON THE UNCONSTITUTIONALITY OF TEMPORARY ACTS IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

HELENA ZANI MORGADO\*

### RESUMO

O presente artigo almeja refletir acerca do instituto da lei penal temporária no Direito brasileiro, notadamente quanto a sua inconstitucionalidade em face de princípios gerais do Direito Penal consagrados na Constituição Federal. Desse modo, a seção inicial do texto aborda certos postulados limitadores do poder punitivo estatal, com destaque à legalidade e à retroatividade da lei penal mais benigna. Para melhor compreensão do tema, será analisado o conceito de lei penal temporária, bem como os aspectos históricos que acarretaram sua criação e positivação no ordenamento jurídico nacional. Será realizado, ainda, um estudo comparativo nos países da América do Sul sobre o tópico em voga. Por fim, serão expostos casos concretos de utilização de dispositivos penais com prazo de vigência determinado, dentre os quais se encontra a Lei nº 12.663/12, mais conhecida como Lei Geral da Copa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inconstitucionalidade. Direito Penal. Lei penal temporária. Princípios penais constitucionais da retroatividade e da legalidade.

### ABSTRACT

*This article aims to undertake a reflection on temporary criminal laws under the Brazilian law system, notably regarding its unconstitutionality upon the general principles of criminal law enshrined in the Federal Constitution. Thus, the initial section of the text deals with certain limiting principles of State punitive power, especially concerning legality and the retroactivity of a more benign criminal law. For better understanding of the subject, the concept of temporary criminal law as well as the historical aspects that led to its creation and acceptance in national law will be analyzed. Furthermore a study in comparative law in South America on the topic will be presented. Finally, specific cases of penal devices with a determined period of validity, among which is the law No. 12.663/12, better known as the World Cup Law, will be exhibited.*

**KEYWORDS:** Unconstitutionality. Criminal Law. Temporary Criminal Law. Constitutional criminal principles of retroactivity and legality.

---

\* Aluna do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.  
Email: helenamorgado91@gmail.com

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal se desenvolve, historicamente, em duas frentes opostas: enquanto visa ao controle social por meio do estabelecimento de condutas socialmente indesejáveis que justificam a intervenção na esfera de direitos do infrator, preza, também, pela fixação de garantias que protejam o cidadão da ação arbitrária do Estado, que possui o monopólio legítimo do uso da força física.

Neste contexto, no Estado Democrático de Direito, faz-se imperioso e necessário estabelecer parâmetros prévios de contenção do poder punitivo, sob pena de concretizar objetivos diametralmente opostos aos desejados. Assim, o intuito de proteger a maioria dos cidadãos não pode, em nenhuma hipótese, justificar o desrespeito às garantias básicas presentes na Constituição Federal e a violação irrestrita de direitos individuais.

Diante desse quadro, o Direito Penal deve agir para dar concretude à sua missão precípua, qual seja, a de limitar esta pretensão punitiva e erradicar toda e qualquer forma irracional, inconstitucional e ilegal do exercício dessa faculdade. Cabe, agora, atentar às formas das quais dispõe o Direito Penal para obter êxito nesta missão.

Como é notório, as normas jurídicas positivadas são divididas em princípios e regras<sup>1</sup>. No caso em análise, o Direito Penal faz uso, em sua denominada parte especial, de regras para preestabelecer as condutas indesejáveis passíveis de sanção criminal<sup>2</sup>. Insta salientar que, embora se afirme “que as regras são mandados ou comandos definitivos” (BARROSO, 2010, p. 208), há que se atentar

---

1 Sobre a forma de aplicação das normas constitucionais, ensina Daniel Sarmento: “Outra distinção entre os princípios e regras é de caráter lógico e diz respeito aos respectivos mecanismos de aplicação, que salienta o fato de que, ao contrário das regras, os princípios não se prestam à subsunção. Em outras palavras, presentes os seus pressupostos fáticos, ou a regra é aplicada ao caso a ela subsumido ou é considerada inválida para o mesmo. Já os princípios atuam de maneira diversa, pois, presentes as condições de fato enunciadas como necessárias à sua incidência, daí não decorre necessariamente a sua aplicação no caso concreto. Tal característica revela-se quando dois princípios diferentes incidem sobre determinado caso concreto, entrando em colisão, com o fim de se precisar em que medida cada um cederá espaço a outro.” (SARMENTO, 2000, pp. 44-45).

2 Tais regras, portanto, referem-se a casos concretos, e não a uma multiplicidade de

que tal caráter peremptório não se verifica quando outra regra o excepcionar<sup>3</sup> ou se for inválida<sup>4</sup>. Nestes casos, devem ser utilizados os três critérios tradicionais para se superar o conflito entre regras: hierárquico, mediante o qual a norma superior prevalece sobre a inferior; especial, que prescreve que a lei especial tem supremacia sobre a geral; e temporal, de acordo com o qual a norma posterior deve ser aplicada em detrimento da anterior.

Reside nos princípios, porém, o modo mais eficaz para a limitação de poder punitivo estatal, tendo em vista que eles funcionam como um horizonte de aplicação das regras<sup>5</sup>. Trata-se de preceitos universais e abstratos aplicáveis a todo o ordenamento jurídico. Alguns postulados, inclusive, encontram-se positivados. Nesta seara, para os objetivos do presente estudos, alguns mandados de otimização (ALEXY, 1988), em especial, merecem uma reflexão mais profunda, a saber: legalidade e intervenção mínima.

O principal postulado do Direito Penal pode ser resumido com o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Disposto no artigo 5º, XXXIX da Carta Magna e no artigo 1º do Código de 1940, o princípio da reserva legal<sup>6</sup> não só protege o

---

situações. No que tange à forma de aplicação, as regras se aplicam na modalidade “tudo ou nada”: ocorrendo a conduta típica, antijurídica e culpável descrita em seu relato, ela deverá incidir, não havendo margem para o intérprete (tão somente no momento da dosimetria), ao qual incumbe aplicá-la por subsunção.

- 3 É o caso do art. 5º, XL, da Constituição Federal, a ser exaustivamente analisado neste trabalho: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (grifos nossos).
- 4 Seria o caso de uma lei penal destinada apenas a determinados grupos sociais, a qual, por violar a norma constitucional da isonomia, não poderia vigorar.
- 5 Em relação à importância dos princípios, aduz Luís Roberto Barroso: “Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito” (BARROSO, 2010, pp. 204-205).
- 6 Alguns autores, a exemplo de José Afonso da Silva, diferenciam o princípio da reserva legal do postulado da legalidade. Aduz o renomado autor que este significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, enquanto aquele define que a regulamentação de determinadas matérias deve ser feita

indivíduo perante o poder estatal, mas também demarca este mesmo poder como único espaço legítimo de coerção penal, constituindo, nas precisas palavras de Nilo Batista (2007, p. 65), “a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”.

O eminente penalista defende, ainda, que o princípio em voga vai além da exigência de lei formal e escrita para que se estabeleçam crimes e penas, ao passo que possui outras quatro funções, a saber: a imposição da taxatividade das disposições penais, proibindo a incriminação de condutas vagas e indeterminadas; a vedação da analogia no Direito Penal; a proibição de criação de crimes e penas pelo costume; e a irretroatividade da lei penal. É justamente essa última cátedra que possui especial relevância para a presente pesquisa.

Como expressões do postulado da legalidade, os artigos 5º, XL, da Constituição Federal<sup>7</sup> e 2º do Código Penal<sup>8</sup> vedam expressamente a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu. Ressalte-se este aspecto: a lei penal posterior que, de qualquer modo, beneficiar o acusado, necessariamente retroagirá.

Em que pese a veracidade de tal aceção, o Código de 1940 estabelece, em seu artigo 3º, que “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”. Ora, não é difícil constatar-se a (ao menos aparente) contradição entre o artigo retro e a retroatividade *in bonam partem* anteriormente explicitada. Se o princípio da legalidade estabelece a necessidade imperiosa de retroatividade benéfica das leis penais, como aceitar a constitucionalidade de leis penais com efeitos ultrativos, que continuam a produzir malefícios ao réu após sua revogação?

---

necessariamente por lei. (SILVA, 2000, p. 421).

- 7 Constituição Federal, art. 5º, XL: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.
- 8 Código Penal, art. 2º: “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. Parágrafo único: A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Ademais, mostra-se importante o estudo do princípio da intervenção mínima, o qual prescreve que o Direito Penal deve abster-se de intervir em condutas socialmente irrelevantes, atuando apenas quando todos os outros ramos do direito mostrarem-se incapazes de solucionar a questão, mantendo-se subsidiário e fragmentário. Nos dizeres de Fernando Galvão (2004, p. 90), o mencionado postulado “é a expressão do axioma da *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, que determina não ser possível a incriminação penal sem que haja a necessidade de uma intervenção tão gravosa quanto a promovida pelo Direito Penal”.

Diante da recente e polêmica aprovação da Lei nº 12.663/2012, denominada Lei Geral da Copa, é grande a demanda, ainda pouco atendida, por um estudo que forneça uma análise aprofundada sobre leis penais temporárias e sobre fundamentos que contribuam para o fortalecimento da soberania legislativa nacional e do respeito aos corolários do Direito Penal.

Neste diapasão, faz-se fundamental a reflexão acerca do respeito (ou não) da referida lei aos princípios mencionados. Será que a proteção contra a alteração indevida de símbolos oficiais registrados pela FIFA seria um bem jurídico de importância suficiente para justificar a intervenção do Direito Penal? E mais: ainda que a resposta anterior fosse afirmativa, como fundamentar a sua duração temporária? Após o dia 31 de dezembro de 2014, prazo do final da vigência dos dispositivos penais da Lei nº 12.663/2012, tais condutas terão se despedido de relevância? E como justificar, ainda, sua duração até 31 de dezembro se a Copa do Mundo se encerra em 13 de julho?

Pelo exposto, é extremamente necessário um estudo de rigor científico que permita a análise, e proceda à crítica, do instituto das leis penais temporárias face à Constituição Federal de 1988 e aos princípios gerais do Direito Penal. Um estudo denso, que procure verificar, exaustivamente, as vantagens e desvantagens, as funções e disfunções desse modelo, fornecendo sólidos fundamentos para, ao final, advogar-se pela indubitável constitucionalidade superveniente do artigo 3º do Código Penal ou por sua não-recepção pela Lei Maior<sup>9</sup>.

---

9 Em relação às normas que precedem a Constituição e são com elas incompatíveis, a

Esse é o objeto da presente pesquisa, a qual, tendo como ponto de partida a Lei Geral da Copa, visará atrair olhares de juristas e leigos para este importante problema, geralmente relegado pela doutrina.

## 1. PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

Os princípios penais “aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o Direito Penal de um estado de direito democrático” (BATISTA, 2007, p. 61), constituindo, pois, o núcleo essencial do Direito Penal. Tais princípios funcionam como diretrizes básicas para a criação, aplicação e execução das matérias jurídico-penais, de modo a resguardar as garantias fundamentais dos cidadãos. Além disso, oferecem pautas de interpretação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado social e democrático de Direito, servindo, em última análise, como fundamento e limite à atuação penal.

Neste sentido, “adverte-se, corretamente, que o Direito Penal do futuro deve orientar-se no sentido da manutenção dos princípios garantistas não só para o sistema e o Estado de Direito, mas sobretudo para os indivíduos” (PRADO, 2010, p. 139). Tal afirmação pode ser comprovada com a crescente universalização dos princípios assinalada em tratados, pactos e convenções internacionais e verificada como fruto da expansão internacional das exigências de proteção e garantias fundamentais.

Não obstante a existência de inúmeros princípios penais, todos de indubitável importância, neste trabalho serão apenas tratados aqueles com especial relevância para as leis temporárias, tema central da presente análise, quais sejam, intervenção mínima e legalidade, como se verá adiante.

---

doutrina se divide, como explica Gilmar Mendes: “alguns doutrinadores consideram que a situação de incompatibilidade entre uma norma legal e um preceito constitucional superveniente traduz uma valoração negativa da ordem jurídica, devendo, por isso, ser caracterizada como inconstitucionalidade, e não simples revogação”. (MENDES; BRANCO; COELHO, 2009, p. 1016).

## 1.1. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Montesquieu percebeu que “quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas”<sup>10</sup>. No mesmo sentido, leciona Eugenio Raúl Zaffaroni (2006):

O exercício do poder punitivo – com sua seleção de criminalizados e vitimizados por vulnerabilidade, o sacrifício de seus operadores, sua imagem bélica, a reprodução de antagonismos sociais, sua preferência pelo modelo de sociedade verticalista disciplinante (corporativa) – não pode senão identificar-se como um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito.

Como é cediço, a sanção penal reveste-se de especial gravidade na medida em que impõe restrições aos direitos fundamentais. Em outros termos, é possível concluir que o uso em excesso dessas sanções reduz o sistema penal a uma “função meramente simbólica negativa” (PRADO, 2010, p. 149) – resultado inverso da suposta pretensão de proteger mais bens jurídicos, como leciona Nils Christie (2011, p. 159):

Há sólidas razões para a contenção da atual expansão das instituições penais. Em uma situação global, em que as pressões vão sempre na direção da expansão do sistema penal e da quantidade de presos, está claro que o alerta geral deve consistir na oposição a essa tendência. Reduzamos as condições que criam comportamentos inaceitáveis; da mesma forma, limitemos o tamanho do aparato penal e, particularmente, façamos o máximo para reduzir o volume de inflição de dor. Nessa conjuntura, uma quantidade razoável só pode ser alcançada se caminharmos na direção oposta daquela que se observa hoje em dia.

---

10 Diz o filósofo, a respeito de um episódio da história do direito romano: “O povo romano tinha proibidade. Esta proibidade possuía tanta força que muitas vezes bastava o legislador indicar o bem, para que este fosse seguido. Parecia que, em vez de ordenanças, bastavam conselhos. Quase todos os castigos prescritos pelas leis régias e pela das Doze Tábuas foram abolidos na república, quer em consequência da lei Valéria, quer em consequência da lei Pórcia. Não se notou que por isso a república ficasse mal regulamentada e que a ordem tivesse sido prejudicada. Esta lei Valéria, proibindo aos magistrados toda violência contra um cidadão que tivesse apelado ao povo, somente afligia a quem a contraviesse, com a pena de ser reputado perverso”. (MONTESQUIEU, 2014)

Desta feita, o princípio da intervenção mínima funda que o Direito Penal está apto a proteger apenas os bens jurídicos “mais caros à sociedade, sem os quais a sociedade não terá condições de permanecer como tal” (SOUZA; JAPIASSU, 2012, p. 64). Significa dizer que as perturbações menos graves ao ordenamento jurídico devem ser objeto de tutela de outros ramos do Direito. Tem-se, pois, o caráter subsidiário do Direito Penal, a ser encarado como remédio sancionador extremo, utilizado apenas quando todas as outras barreiras protetoras de bens jurídicos se mostrarem inócuas. Em outros termos, a intervenção pelo braço armado do Estado deve ser vislumbrada como a *ultima ratio*, isto é, apenas se justifica para proteger o núcleo central do Estado Democrático de Direito.

Outra dimensão da intervenção mínima reside no caráter fragmentário do Direito Penal. Usando a analogia proposta por Regis Prado (2010, p. 149), a fragmentariedade impõe que o Direito Penal seja um arquipélago de pequenas ilhas dentro do grande mar do penalmente irrelevante. Assim, a tutela penal deve ser seletiva, referindo-se apenas aos bens jurídicos fundamentais em dada sociedade.

A limitação do poder punitivo estatal, portanto, faz-se necessária para evitar violações a direitos fundamentais dos cidadãos justamente por parte de quem deveria protegê-los<sup>11</sup>.

## 1.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Insculpido no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal, o princípio da legalidade estabelece que crimes e penas existem tão somente se houver prévia definição e cominação legal. Importante notar a necessidade de lei penal em sentido estrito, assim entendida como aquela aprovada pelo Congresso Nacional após regular trâmite legislativo<sup>12</sup>. Ficam

---

11 Assim sintetiza Beccaria: “É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menos das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”. (BECCARIA, 2006, p. 201).

12 Constituição Federal, art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I -

excluídas desse conceito, portanto, medidas provisórias, decretos, resoluções, portarias e quaisquer outras espécies normativas.

Ao negar a natureza ética-metafísica ou religiosa de crimes<sup>13</sup>, o princípio da legalidade torna-se a base estrutural de qualquer ordenamento normativo-penal que preze pela segurança jurídica em duplo aspecto: além de garantir que o cidadão não será submetido à coerção penal distinta daquela anteriormente disposta em lei, assegura a possibilidade do prévio conhecimento de crimes e penas por todos os indivíduos. Esta segunda dimensão está umbilicalmente relacionada à suposta função geral preventiva da pena, na medida em que só há que se cogitar em efeito intimidatório da pena se a própria lei que ameaçar a sanção for conhecida antes do cometimento do delito<sup>14</sup>.

Insta salientar que, no Brasil, o princípio do *nullum crimen sine lege* encontra-se expressamente previsto em quase todos os textos constitucionais (a única exceção se deu no Estado Novo, com

---

direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...]”.

- 13 Leciona Alessandro Baratta: “A visão rigorosamente jurídica do delito, que está no centro da construção carrariana, tem, contudo, uma validade formal que é, de algum modo, independente do conteúdo que a filosofia de Carrara dá ao conceito de direito. [...] Escreve Carrara: ‘Toda a imensa trama de regras que, ao definir a suprema razão de proibir, reprimir e julgar as ações dos homens, circunscreve, dentro de limites devidos, o poder legislativo e judicial, deve (no meu modo de entender) remontar, como à raiz mestra da árvore, a uma verdade fundamental’. Esta verdade é – continua Carrara – que ‘o delito não é um ente de fato, mas um ente jurídico’. ‘O delito é um ente jurídico porque sua essência deve consistir, indeclinavelmente, na violação de um direito’”. (BARATTA, 2013, p. 36).
- 14 Assim fundamentou jurídica e politicamente o princípio da legalidade, em 1801, Paul Johann Anselm von Feurbach. De acordo com o jurista alemão, se o fim da cominação penal consiste na intimidação de potenciais criminosos, a determinação política só se alcança se a lei determinar, antes do fato, a ação penal proibida. Na ausência de lei penal, evidentemente não se produzirá o efeito intimidatório pretendido. (NEVES, 2010).

a Carta de 1937)<sup>15</sup> e na totalidade de códigos criminais<sup>16</sup> a partir do Império, tamanha sua importância.

Do postulado da legalidade, é possível extrair quatro corolários principais. O primeiro deles é a vedação da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas – *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Se um determinado comportamento comissivo ou omissivo não estiver perfeitamente previsto em lei, não pode o intérprete utilizar-se da analogia para ampliar o campo de aplicação da norma em casos semelhantes. Ademais, proíbe-se a criação de crimes e penas pelos costumes. Em se tratando do braço armado do Estado, a certeza do comportamento proibido apenas decorre da lei, não podendo o direito consuetudinário ser invocado para criação de crimes ou majoração de penas.

Ainda, o princípio em estudo impõe a taxatividade legal, vedando incriminações vagas e indeterminadas. Os tipos penais devem revestir-se da máxima precisão de seus elementos (*lex certa*),

15 Na Constituição Política do Império de 1824, o art. 179, XI assim dispunha: “Ninguém será sentenciado senão por autoridade competente e em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita”. Com mínimas alterações de redação, este dispositivo foi mantido nas Constituições de 1891 (art. 72, §15) e de 1934 (art. 113, item 26). Na Carta de 1937, porém, não há expressa menção ao princípio da legalidade, mas apenas à irretroatividade da lei penal (art. 122, 13: “As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores”). Na Constituição de 1946, o art. 141, §27 estabelecia que “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior”. Durante o regime ditatorial, ao menos em tese manteve-se o respeito à legalidade penal, como se extrai do art. 150, §16, da Constituição de 1946 (“A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”) e do art. 153, §16, da Emenda de 1969, de mesma redação. Como já mencionado, a Carta de 1988 dispõe, no art. 5º, XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

16 O Código Criminal de 1830 – primeiro código autônomo da América latina - declarava, em seu art. 1º, que “não haverá crime, ou delito (palavras sinônimas neste Código) sem uma lei anterior que o qualifique” e, no art. 33, que “nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquelas, que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio, ou mínimo, salvo o caso, em que aos Juízos se permitir arbítrio”. Até então, faz-se curioso ressaltar, vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas portuguesas. O Código de 1890, a seu turno, previa, no art. 1º, que “ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado como crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas”. Como é cediço, o Código Penal de 1940 prescreve, em art. 1º, em redação mantida pela reforma de 1984, que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

vedando-se conceitos vagos e imprecisos que possibilitem o exercício de arbitrariedades por parte do Estado ou punições com intenções políticas. Por fim, tem-se a vedação da retroatividade da lei penal – corolário que, em virtude da importância para o presente trabalho, será estudado em separado.

### 1.3.1. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVE

O inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Atente-se, por hora, apenas à primeira parte do mencionado dispositivo legal: ninguém poderá ser punido por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, fosse tido como um indiferente penal. Trata-se, novamente, de expressão da segurança jurídica, já que o cidadão apenas tem acesso ao significado jurídico de sua conduta com a entrada em vigor da lei<sup>17</sup>.

Como bem explicitado por Castanheira Neves, a assertiva em análise é “uma das manifestações nucleares da função de garantia que ao princípio cumpre, na perspectiva da sua inserção institucional nos valores ético-políticos e nas exigências jurídicas do Estado de Direito” (NEVES, 2010, p. 361). Está, pois, relacionada ao surgimento histórico do postulado da legalidade penal, criado precisamente contra leis *ex post facto*. Toda e qualquer atividade intervencionista estatal na esfera individual dos cidadãos depende da prévia existência de lei estrita e taxativa, com fulcro nos princípios da segurança e da certeza jurídicas.

---

17 Com propriedade, ensina Tercio Sampaio Ferraz Jr: “Para a dogmática jurídica, para reconhecermos a validade de uma norma, precisamos em princípio e de início que a norma esteja integrada no ordenamento jurídico. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida. [...] Sancionada a norma legal, para que se inicie o tempo de sua validade, ela deve ser publicada. Publicada a norma, diz-se, então, que a norma é vigente. Vigência é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade da norma. Vigente é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos. Vigência exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento até que a norma seja revogada.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, pp. 165-166)

No que tange à fundamentação dogmática da irretroatividade penal *in malam partem*, alguns aspectos merecem ser aprofundados. O primeiro, já mencionado anteriormente, reside na suposta prevenção geral da pena. Partindo-se da – talvez falsa<sup>18</sup> - premissa que a pena possui função intimidatória de evitar crimes (prevenção geral negativa) ou de demonstrar que a lei penal é vigente e está apta a incidir em casos concretos (prevenção geral positiva), torna-se patente que a lei penal deve ser anterior à conduta que pretende proibir ou incentivar. Não fosse assim, não cumpriria qualquer coação psicológica e tampouco estabeleceria confiança na norma, vez que a mesma sequer existiria no momento da ação ou da omissão.

De igual forma, na medida em que se adota a responsabilidade penal subjetiva, baseada no juízo de reprovabilidade da conduta, apenas com a prévia existência de lei pode-se afirmar que o agente atuou livre e conscientemente contra a norma. Caso contrário, ainda que o agente tenha praticado uma conduta típica e antijurídica, sem o potencial conhecimento da ilicitude faltaria um elemento do conceito tripartite de crime<sup>19</sup> para que este restasse configurado.

---

18 Para os defensores da teoria agnóstica, atribuir à pena determinada função manifesta, traduzida em um pretense “direito de punir” estatal, significa conceder às agências políticas elementos do estado de polícia. Isso porque a pena, em última análise, nada mais é do que um exercício de poder que não teria qualquer função reparadora ou restitutiva, nada mais sendo do que uma coerção que impõe dor e privação de direitos. Ao admitir o fracasso de todas as teorias positivas – as quais seriam múltiplas, contraditórias, falsas ou incompatíveis -, a teoria negativa torna possível a delimitação do horizonte do direito penal sem que se legitimem elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo que lhe toca limitar.

19 Esclarecem Cezar Roberto Bitencourt e Muñoz Conde: “A elaboração do conceito analítico começou com Carmigiani (1833), embora encontre antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732). Para Carmigiani, a ação delituosa compor-se-ia do concurso de uma força física e de uma força moral. Na força física estaria a ação executora do dano material do delito, e na força moral situar-se-ia na culpabilidade e o dano moral do delito. Essa construção levou ao sistema bipartido do conceito clássico de crime, dividido em aspectos objetivo e subjetivo. A construção do conceito analítico do delito, no entanto, veio a completar-se com a contribuição decisiva de Beling (1906), com a introdução do elemento tipicidade. Embora a inicialmente confusa e obscura definição desses elementos estruturais, que se depuraram ao longo do tempo, o conceito analítico, predominante, passou a definir o crime como “a ação típica, antijurídica e culpável” (BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2000, p.

### 1.3.2. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENIGNA

Como visto, a regra geral no que tange aos efeitos da lei penal é a irretroatividade, assim entendida como decorrência lógica do princípio da legalidade e como garantia jurídico-política dos indivíduos face ao arbitrário *ius puniendi* estatal. Não obstante, a segunda parte do artigo 5º, XL, da Constituição Federal impõe que a lei penal sempre retroaja para beneficiar o réu. Significa dizer que, em caso de revogação da norma incriminadora (*abolitio criminis*) ou de qualquer alteração legal favorável, o réu será beneficiado, independentemente do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesta seara, ensina Guilherme Nucci (2010, p. 120):

[...] a retroatividade da lei significa a possibilidade de conferir efeitos presentes a fatos ocorridos no passado, modificando, se preciso for, situações jurídicas já consolidadas, sob a égide de lei diversa. Essa retroação da norma, provocadora de inovações no cenário penal, somente pode ocorrer quando auxiliar, proteger e melhorar a situação do réu ou sentenciado.

Importante notar que o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna possui *status* constitucional, sendo, pois, de observância obrigatória ao legislador infraconstitucional. Desta feita, estabelece correta e precisamente o parágrafo único do art. 2º do Código Penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

---

22). Importante anotar que René Dotti e Damásio de Jesus, em posição minoritária, sustentam que a culpabilidade deve ser analisada não no campo da teoria geral do delito, mas sim na teoria geral da pena. Nas palavras do primeiro: “A proposição de que a culpabilidade é um pressuposto da pena e não um elemento do delito encontra ressonância em nosso ordenamento positivo, quando o Código vigente trata de algumas causas de isenção de pena. [...] Essa minha posição levou Damásio de Jesus a reexaminar a sua orientação científica quanto ao tema. Em uma das reedições de sua prestigiada obra, esse penalista adota a mesma conclusão com estas palavras: ‘A culpabilidade é pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime. Como observa René Ariel Dotti, instigador da alteração de nosso entendimento a respeito da matéria, em face de seu atual desenvolvimento, a culpabilidade deve ser tratada como um pressuposto da pena, merecendo, por isso, ser analisada dentro desse quadro e não mais em setor da teoria geral do delito’”. (DOTTI, 2013, pp. 446-447).

Assim, no Direito Penal intertemporal<sup>20</sup>, a lei mais favorável é extra-ativa: se anterior ao fato, sobrevive à sua revogação, possuindo eficácia ultrativa; se posterior, projeta-se sobre o passado, de forma retroativa. A máxima latina “*tempus regit actum*” é temperada no Direito Penal material, portanto: sempre será aplicada a lei mais branda ao agente. Como ensina Heleno Claudio Fragoso (2014), o efeito retroativo dado à *lex mitior* “não significa um presente ao criminoso”. Trata-se, na realidade, de interesse estatal: se, na formulação de delitos e penas, o Estado elabora leis mais benignas, “significa que as novas leis correspondem às exigências da Justiça e às necessidades da vida social”, devendo aplicar-se também às condutas praticadas na vigência da lei anterior, agora considerada inadequada.

No que concerne ao desenvolvimento histórico da retroatividade benéfica, Nelson Hungria (1977, p. 117) observa que não há qualquer menção expressa a ela nos textos romanos ou no direito canônico. É apenas da Idade Média que se verifica seu surgimento, inicial e imperfeitamente com Malumbrano (século XIV) e posteriormente fixada por Farinacio (século XVII) nos seguintes termos:

Lei, constituição ou estatuto, quando diminua pena de estatuto antigo, então na imposição das penas considere-se o tempo da sentença. Do mesmo modo a pena de lei, constituição ou estatuto novo impõe-se também em favor dos delitos pretéritos não punidos<sup>21</sup>.

Entretanto, é apenas com o avanço do Iluminismo e com o denominado movimento codificador que a retroatividade benéfica passa a integrar, pela primeira vez, o texto de um Código Penal, precisamente o Código francês de 1791<sup>22</sup>.

---

20 Merece anotação a crítica feita por Heleno Claudio Fragoso a essa denominação: “O conjunto de normas jurídicas que regula a sucessão das leis penais, fixando os princípios que regem a solução de conflitos que daí surgem, tem sido impropriamente chamado de direito intertemporal ou direito transitório”. (FRAGOSO; 2014).

21 Livre de tradução, o fragmento original assim dispunha: “Lex, constitutivo, seu statutum novum, quando minuit poenam statuti antiqui, tunc in imponendis poenis inspiciatur tempus sententiae. Ideo talis poena novae legis, constitutions seu statuti, imponetur etiam pro delictis praeteritis non punitis”.

22 Prescreve o apêndice do referido Código: “Pour tout fait antérieur à la publication

No Brasil, a Constituição Federal de 1934, em seu artigo 113, item 27<sup>23</sup>, inovou – positivamente – ao conceder à retroatividade benéfica natureza jurídica de regra constitucional de direito fundamental. Em que pese o silêncio da Carta de 1937, em 1946 a aplicação retroativa da lei penal benéfica retornou ao *status* constitucional<sup>24</sup>, o qual foi mantido pela Constituição Federal de 1988<sup>25</sup>.

Na legislação infraconstitucional, o Código Criminal do Império, referindo-se exclusivamente à pena, trazia positivada a retroatividade *in melius*, resguardando, no entanto, a intangibilidade da coisa julgada<sup>26</sup>. O Código de 1890 foi além, prevendo a retroatividade benéfica ainda que em subversão à *res judicata*<sup>27</sup>.

Em 1940, o Código Penal passou a autorizar a retroatividade nas hipóteses de *abolitio criminis* e de penas mais favoráveis

---

du présent Code, si le fait est qualifié crime par les lois actuellement existantes, et qu'il ne le soit pas par le présent décret; ou si le fait est qualifié crime par le présent Code, et qu'il ne le soit pas par les lois anciennes, l'accusé sera acquitté, sauf à être correctionnellement puni s'il y échoit. Si le fait est qualifié crime par les lois anciennes et par le présent décret, l'accusé qui aura été déclaré coupable, sera condamné aux peines portées par le présent Code. Les dispositions du présent Code n'auront lieu que pour les crimes qui auront été poursuivis par voie de jurés”

- 23 Constituição de 1934, art. 113, item 27: “A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu”.
- 24 Constituição de 1946, art. 141, §29: “A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu”.
- 25 Constituição de 1988, art. 5º, XL: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.
- 26 Código Criminal do Império, art. 309: “Todos os crimes cometidos antes da promulgação deste Código, que tiverem de ser sentenciados em primeira, ou segunda instância, ou em virtude de revista concedida, serão punidos com as penas estabelecidas nas leis anteriores, quando forem menores: no caso porém de serem mais graves, poderão os delinquentes reclamar a imposição das que se estabelecem no presente Código”
- 27 Código Criminal de 1890, art. 3º: “A lei penal não tem efeito retroativo; todavia o facto anterior será regido pela lei nova. a) si não for considerado passível de pena; b) si for punido com pena menos rigorosa. Parágrafo único. Em ambos os casos, embora tenha havido condenação, se fará aplicação da nova lei, a requerimento da parte ou do ministério publico, por simples despacho do juiz ou tribunal, que proferiu a ultima sentença”.

ainda que para casos definitivamente julgados, e a autorizar aos demais casos de favorecimento apenas às decisões não transitadas em julgado<sup>28</sup>. A reforma de 1984, por fim, estendeu a aplicação retroativa da lei penal a qualquer situação menos gravosa ao agente, independentemente da existência de coisa julgada<sup>29</sup>.

A legislação supranacional também tratou do tema. O artigo 24, item 2, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, prescreve a aplicação retroativa da lei penal favorável antes das sentenças definitivas<sup>30</sup>. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a seu turno, assegura, no artigo 49, que “se, posteriormente à infração, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada”, não fazendo menção ao requisito da ausência do trânsito em julgado para tanto.

Em decisão proferida no julgamento *Scopolla vs. Italy* (No.2)<sup>31</sup>, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos fixou inovador entendimento para delimitar os contornos do princípio da retroatividade benéfica contidos no artigo 7º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o qual se refere expressamente apenas à legalidade e à irretroatividade da lei penal mais grave.

A importância de tal decisão se traduz na afirmação da retroatividade favorável da lei penal no máximo *standard* de proteção a nível europeu, impondo-se aos países de *common law* e de

28 Código Penal de 1940, art. 2º, em redação original: “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. Parágrafo único. A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível.”

29 Código Penal vigente, art. 2º: “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. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

30 Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, art. 24, item 2: “Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.”

31 Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-94135#{"itemid":\["001-94135"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-94135#{)>. Acesso em 01.jun.2014.

*civil law*. Até então, na Itália, a retroatividade benéfica possuía *status* infraconstitucional. Decidiu a Corte de Estrasburgo que o princípio da legalidade implica, obrigatoriamente, a retroatividade da lei penal favorável, sendo esta, portanto, de observância obrigatória a todos os signatários da Convenção de 1950.

Ao contrário da afirmação da irretroatividade gravosa, relacionada à origem político-jurídica de garantia individual e à segurança jurídica, as discussões sobre a retroatividade benéfica encontram-se fundadas no patamar político-criminal – inicialmente de natureza meramente humanitária e, posteriormente, relacionado à função preventiva da pena. Neste sentido, afirma Américo Taipa de Carvalho (1990, p. 69) que:

[...] o processo histórico jurídico-cultural que levou à consagração da retroatividade da *lex mitior* foi inverso, cronologicamente, do processo que conduziu à plena fundamentação da irretroatividade desfavorável. Na verdade, [...] o fundamento originário da proibição da aplicação retroativa da lei penal foi jurídico-político, radicou no Estado de Direito liberal e na sua inerente exigência de garantia face à arbitrariedade punitiva do poder legislativo e judicial própria do Estado Absoluto. Diferentemente, [...] a afirmação da retroatividade da lei penal não teve uma origem político-jurídica, mas sim político-criminal. Foram considerações intrassistemáticas jurídico-penais, ligadas ao fundamento e fins das penas, que determinaram a afirmação da retroatividade.

## 2. LEI PENAL TEMPORÁRIA

Não obstante o caráter cogente acima explicitado, o artigo 3º do Código Penal pátrio regula uma exceção à regra constitucional que prevê o direito fundamental à retroatividade benéfica, qual seja, a lei penal temporária<sup>32</sup>. O referido artigo estabelece que: “A

---

32 O referido art. 3º também trata das leis penais excepcionais, assim entendidas como aquelas promulgadas para vigorar em situações ou condições sociais anormais, tendo sua vigência subordinada à duração do evento que as motivou. Assim como as leis temporárias, elas também seriam uma exceção à retroatividade benéfica porque têm aplicabilidade em relação aos fatos praticados durante sua vigência mesmo após a cessação das circunstâncias que a criaram. No entanto, o presente trabalho visa

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”.

Faz-se importante, primeiramente, definir o conceito de lei penal temporária. Esta espécie normativa cria delitos e delimita, de antemão, o lapso temporal em que estará em vigor. Resta expresso no próprio texto, portanto, seu prazo de validade, isto é, a data de início e de término de sua vigência. Por essa razão, diz-se que a lei penal temporária é autorrevogável, vez que, encerrado o prazo fixado em lei, deixa de existir, sem necessidade de uma nova lei ab-rogatória.

Outra característica intrínseca à lei penal temporária é a ultratividade. Significa dizer que ela continua a regular os fatos praticados durante a sua vigência mesmo depois de revogada. Trata-se, pois, de situação diametralmente oposta à explicitada no capítulo anterior: não há incidência de aplicação retroativa da lei penal mais favorável advinda com a cessação da vigência da lei intermitente e tampouco, caso benéfica, haveria aplicação retroativa da lei temporária aos fatos praticados antes de sua entrada em vigor.

A análise histórica das codificações brasileiras evidencia que o Código Criminal do Império de 1830 e o Código de 1890 eram silentes sobre o tema. No entanto, parte da doutrina do final do século XIX e do início do século XX alertava sobre a aplicabilidade das leis com prazo de vigência determinado, como se verifica nos projetos de codificação penal de 1925 e 1927<sup>33</sup>. O Código Penal de 1940, entretanto, foi o primeiro diploma legal a prever expressamente o instituto da lei penal temporária.

---

analisar apenas as leis penais temporárias, razão pela qual as leis excepcionais não serão aqui abordadas.

- 33 Antonio Jose da Costa e Silva, comentando o Código Penal de 1890, explica: “Os primeiros projectos de nova codificação penal, nesse país (1909, 1913 e 1919), declaravam a impunidade da acção por haver a lei cessado de vigorar. Os dois ultimos (1925 e 1927), porém tomaram rumo oposto. Assim preceituam (§ 2º): “Disposições que hajam sido estabelecidas em virtude de circunstancias especiaes de facto se aplucarão a actos praticados durante a sua vigencia, ainda que, pelo desaparecimento das aludidas circunstancias, tenha deixado de vigorar.” (SILVA apud OLIVEIRA, 2014).

Parece amplamente majoritário na doutrina atual que essas espécies legislativas constituam exceção à regra da retroatividade benigna das leis penais<sup>34</sup>. Para Hungria (1977), “decidir-se de outro modo seria colocar essas leis em contraste com a sua própria *ratio*, além de que, praticamente, na quase totalidade dos casos, resultariam irrisoriamente inócuas.” E conclui o eminente penalista:

Ainda que não figure *expressis verbis* no texto da lei, essa exceção à regra necessariamente se impõe (a não ser que a lógica deixe de ser a coerência do raciocínio ou que se atribua ao legislador a abstração da mais elementar política criminal). Seria rematado absurdo que as leis temporárias ou excepcionais se convertessem em fonte de iniquidades, e, por mais que absurdo, seria supinamente ridículo que, de antemão, estivessem destinadas ao desprestígio ou à ineficácia. O direito penal não é jogo de disparate.

Em que pese o respeito ao renomado penalista retro mencionado, não há como, em um Estado Democrático de Direito, defender-se a legalidade de um artigo que viola preceitos constitucionais sob o argumento de constituir exceção à regra preconizada pela lei maior<sup>35</sup>. O constituinte delimitou com rigidez o comportamento estatal a ser adotado nas hipóteses de sucessão de leis penais, conforme analisado anteriormente: em regra, a lei não retroagirá – salvo para beneficiar o réu. Faz-se, pois, imperiosa a aplicação integral da retroatividade penal benigna, sem qualquer exceção, restrição ou condição, como determinado na Carta Magna.

---

34 É como conclui Alberto da Silva Franco: “A matéria não teve uma discussão mais aprofundada na doutrina brasileira, na qual prevaleceu, a partir de uma interpretação teleológica, o entendimento da perfeita coexistência da ultratividade das leis de eficácia transitória com o princípio da retroatividade penal benéfica: o fim das leis temporárias deve servir de diretriz ao intérprete, e não se atingiria a tal fim se se excluísse, em face de lei posterior mais benigna, do fato cometido, no período de tempo prefixado, o seu caráter criminoso”. (FRANCO, 1986, p. 26).

35 É o que defende Paulo José da Costa Jr.: “Não se pode negar a conveniência de que a retroatividade benéfica viesse a ser excluída das leis excepcionais ou temporárias. Mesmo porque, vislumbrando-se a hipótese de um tratamento mais benigno ou a própria impunidade, a norma perderia muito da sua eficácia intimidativa. Entretanto, enquanto o preceito constitucional não proclamar, explicitamente, que a lei ulterior benéfica, ao retroagir, haverá de respeitar a ultratividade da lei excepcional ou temporária, não há como negar a aplicação da lei mais mitigada (*lex mitior*)”. (COSTA JUNIOR; 1992, p. 33)

Desta forma, na medida em que o constituinte não impôs nenhuma limitação em relação à retroatividade penal da lei mais favorável, não pode o legislador ordinário realizar uma ressalva no que tange às leis transitórias. Além de perigoso quanto ao aspecto democrático, uma vez aplicado esse raciocínio analogicamente a outros casos, corre-se o risco de ser usurpada toda e qualquer eficácia da Constituição com fulcro em excepcionalidades, como alerta Canotilho<sup>36</sup>.

Não se pode, portanto, admitir que uma lei infraconstitucional restrinja direitos fundamentais constitucionais sem enfraquecer a força normativa da Carta Fundamental e, por conseguinte, a denominada “doutrina brasileira da efetividade”<sup>37</sup>. Parece contraditório, inclusive, a presença das leis temporárias face ao disposto no item 9 da exposição de motivos da lei nº 7.209/1984, a qual alterou dispositivos da parte geral do Código Penal de 1940:

Na aplicação da lei penal no tempo, o Projeto permanece fiel ao critério da lei mais benigna. Amplia, porém, as hipóteses contempladas na legislação vigente, para abranger a garantia assegurada no art. 153, §16, da Constituição Federal<sup>38</sup>. **Resguarda-se, assim, a aplicação da lex mitior de qualquer caráter restritivo, no tocante ao crime e à pena.** (grifos nossos)

---

36 Aduz o autor: “O catálogo constitucional dos direitos fundamentais teria bem pouco valor, se eles pudessem ser facilmente objeto de restrição ou compreensão por parte do legislador. A garantia constitucional dos direitos fundamentais exige por isso uma clara disciplina limitadora da respectiva restrição.” (CANOTILHO, 1991).

37 Luís Roberto Barroso, precursor da mencionada doutrina, explica: “A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da ação e da jurisdição –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais. [...]Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico”. (BARROSO, 2014.)

38 A Constituição de 1969, em vigor quando da reforma da parte geral do Código Penal, estabelecia, em seu art. 153, §16, que: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”

Em verdade, a ultratividade das leis penais temporárias e excepcionais possui um fulcro utilitário. Frederico Marques (1997) admite que “se tais leis não fossem dotadas de ultratividade seriam inócuas para grande número de infratores, porquanto fácil lhes seria evitar as sanções ali cominadas”. Trata-se, pois, da tentativa de se revestir a velha lógica punitivista com uma roupagem supostamente democrática. Em última análise, busca-se uma técnica legislativa para ocultar um autoritarismo flagrante, como alertam Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2006):

Cabe desde logo refutar o fundamento usual: constitui logicamente uma petição de princípio postular que se imponha a punição só porque, caso contrário, não seria ela imposta. [...] Corresponderá ao legislador, perante situação calamitosas que requeiram drástica tutela penal de bens jurídicos, prover para que os procedimentos constitucionalmente devidos possam exaurir-se durante a vigência da lei; o que ele não pode fazer é abrir uma exceção em matéria que o constituinte erigiu como garantia individual. Cabe, pois, entender que o artigo 3º do Código Penal não foi recebido pela Constituição da República.

Em consonância com a posição acima, Guilherme Nucci (2014, p. 94) reviu seu entendimento sobre o tema e agora também sustenta a inconstitucionalidade do instituto:

Além disso, a argumentação de que o tempo integra o tipo penal incriminador, eternizando a norma, em verdade, é puramente formal. Tem por finalidade fazer valer o art. 3º do Código Penal. Analisando-se a situação em prisma axiológico, é impossível não considerar vazio tal fundamento. O referido art. 3º não especifica ser o período de tempo integrante do tipo penal; cuida-se de criação doutrinária. E mesmo que se pudesse deduzir tal incorporação, quando a lei intermitente perde a vigência, em seu lugar, por certo, surge norma mais favorável ao réu, merecendo sobreposição no tocante à anterior. Ainda mais, inserindo-se o tema sob o prisma da dignidade humana, não há como sustentar que o Estado tenha direito de editar leis de curta duração, buscando punir mais severamente alguns indivíduos, por exíguo tempo, para depois retroceder, abolindo o crime ou amenizando a pena. Não se deve tratar o Direito Penal como juguete político para correção de casos concretos temporários ou passageiros.

Além da violação da norma da retroatividade benéfica e, por conseguinte, da hierarquia constitucional, admitir-se a extratividade das leis penais temporárias significa rechaçar o princípio da intervenção mínima. Como visto, a intervenção penal, por ser o instrumento normativo mais violento de regulação social, apenas se justifica em situações extremas, quando nenhuma outra forma de solução de conflito se mostrar apta à proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários à sociedade.

Não há fundamento, portanto, para se usar o Direito Penal de maneira temporária: ou existe a necessidade de uma lei definitiva, ou não se edita nova lei incriminadora. Isto é, se a proteção por tempo determinado é suficiente ao resguardo completo do bem jurídico, não há como considerá-lo merecedor da tutela penal.

Ademais, se o que se promulga é uma lei que reduz a penalidade de um fato, o excesso de pena imposto pelo fato, em conformidade com a lei anterior, tampouco cumpriria efeitos de prevenção, pois se o cidadão realizar semelhante fato no futuro não haverá sanção (ponto de vista da prevenção geral) e o mesmo se repete em relação a quem o praticasse na vigência da lei anterior (prevenção especial). Com efeito, haverá desaparecido a eficácia preventiva geral e especial das penas impostas de acordo com a anterior lei mais severa.

## 2.1. LEIS PENAIS TEMPORÁRIAS NA AMÉRICA DO SUL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Para uma abordagem mais aprofundada, faz-se necessário um estudo sobre a existência do instituto das leis penais temporárias em outros ordenamentos jurídicos. Por fatores como a adoção do sistema de *civil law*<sup>39</sup>, a semelhança de idiomas e a proximidade

---

39 Ensina Paulo Gusmão: “Característica desses sistemas [romano-germânicos] é ser a lei a fonte principal do direito, sendo subsidiárias as demais fontes. Fora isso, a presença neles do direito romano, do direito canônico e dos direitos germânicos. Em

geográfica com o Brasil, optou-se por restringir o campo de investigação aos países da América do Sul, como se verá a seguir.

Na Bolívia, a Nova Constituição Política do Estado, promulgada em 2009, prevê a aplicação retroativa da lei penal quando favorável ao réu, mencionando como única exceção as leis em matérias de corrupção, as quais terão efeitos retroativos ainda que mais gravosas. Importante notar que a mencionada ressalva não estava prevista na Carta anterior. Entretanto, o Código Penal do país, assim como o brasileiro, após estabelecer as regras da irretroatividade da lei penal mais grave e da retroatividade da mais branda, ressaltou que elas não se aplicam às leis com prazo de vigência determinado.

De igual forma, verifica-se que o Código Penal do Paraguai adotou expressamente a ressalva à regra constitucional da retroatividade benéfica às leis penais excepcionais e temporárias. O mesmo ocorre na Venezuela.

A Constituição Política do Peru, por sua vez, ao dispor sobre a retroatividade penal favorável, também é silente em relação à excepcionalidade das leis com prazo de vigência determinado. No entanto, o Código Penal do país disciplinou a matéria em seu artigo 8º. De acordo com a exposição de motivos do referido diploma legal, a razão desta norma existir reside no fato de que, se não fosse assim, seria completamente ineficaz em relação aos delitos cometidos na iminência de sua revogação.

Na Costa Rica, a Carta Constitucional não faz referência sequer à retroatividade benéfica; o Código Penal, porém, estabelece não só a mencionada regra como também a excepciona nos casos de leis temporárias.

Já no Chile, há previsão de aplicação retroativa da lei penal favorável na Constituição Política e no Código Penal, resguardando-se, neste, as indenizações pagas e as inabilidades. Não há, na

---

oposição a esses sistemas está o da Common Law, também denominado sistema anglo-americano, em que o precedente judicial (sentença-padrão), fundado no princípio de dever haver julgamento similar quando análogos forem os casos (rule of precedent), é a fonte principal do direito em que a lei (statute law) desempenha papel secundário". (GUSMÃO, 2009, p. 311)

legislação chilena, qualquer menção excepcionando o referido princípio às leis com prazo de vigência determinado, razão pela qual se pode inferir que as disposições temporárias mais gravosas não possuem efeitos ultrativos.

Na Colômbia, tanto a Constituição quanto o Código Penal trazem expressamente a retroatividade da lei penal benigna, ao que se denomina princípio da *favorabilidad*. Encontra-se expresso na referida espécie normativa que sempre será aplicada a lei favorável, não sendo a regra excepcionada pelas leis intermitentes. Verifica-se situação análoga no Equador, mantida pelo recém aprovado Código Orgânico Integral Penal.

A seu turno, a Constituição do Uruguai guarda silêncio em relação à retroatividade benéfica, regra prevista apenas em seu Código Penal. Note-se que não há referência às leis penais temporárias no referido diploma legal. Situação semelhante ocorre na Argentina. De acordo com o anteprojeto de novo Código Penal, presidido por Zaffaroni e cuja comissão foi designada pelo Decreto 678/2012, a ausência de menção às leis temporárias é mantida e resta estabelecido que a lei penal posterior benigna deve ser aplicada de ofício.

Sendo assim, conclui-se que, embora presente na maior parte dos países da América do Sul, incluindo o Brasil, o instituto das leis penais temporárias inexistente no Chile, na Colômbia, no Equador, no Uruguai e na Argentina, o que prova ser viável, na prática, a proposta defendida neste trabalho, qual seja, a supressão do artigo 3º do Código Penal brasileiro em função de sua inconstitucionalidade.

## **2.2. CASOS CONCRETOS**

### **2.2.1. RECENSEAMENTO DE 1970 (DECRETO-LEI Nº 369/1968)**

Passa-se, por fim, à análise de casos concretos que evidenciam a existência de dispositivos penais temporários no Direito brasileiro. O primeiro exemplo a ser discutido é o decreto-lei nº 369, de 19 de dezembro de 1968.

Utilizando-se da possibilidade prevista no Ato Institucional nº 5 (AI-5) de legislar durante o recesso parlamentar<sup>40</sup>, o então presidente Costa e Silva decretou que, durante o VIII Recenseamento Geral do Brasil, realizado em 1970, constituíam crimes específicos a “não prestação de informações nos prazos fixados” e a “prestação de informações falsas ou com emprego de termos evasivos ou irreverentes”, estabelecendo, para tanto, pena de multa e/ou detenção<sup>41</sup>.

Tratava-se, pois, de lei penal temporária, fixada para reger condutas praticadas durante o recenseamento de 1970. Interessante enfatizar que os referidos crimes, além da prévia determinação do período de vigência e da não incidência da retroatividade favorável<sup>42</sup>, foram criados por decreto-lei, ato emanado do Poder Executivo, o qual, além de autoritário por si só, violaria a necessidade de lei

---

40 AI-5, art. 2º, §1º: “Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.”

41 Redação original do art. 8º do Decreto-lei nº 369/1968: “Constitui infração ao presente Decreto-lei: a) a não prestação de informações nos prazos fixados; b) a prestação de informações falsas ou com emprêgo de têrmos evasivos ou irreverentes. §1º: O infrator ficará sujeito à multa de até dez (10) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País, ou à pena de detenção de até seis meses, ou a ambas. §2º: Competirá, privativamente, à Fundação IBGE, na forma do regulamento, lavrar e processar os autos de infração, bem como aplicar as multas previstas neste Decreto-lei, admitido recurso para o Ministro do Planejamento e Coordenação Geral, com a prévia garantia da instância. §3º: Constituirão receita da União as importâncias correspondentes às multas impostas, incumbindo à Fundação IBGE remeter à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para cobrança judicial, os processos findos relativos às multas não pagas na instância administrativa. §4º: O servidor público, civil ou militar, que, no exercício de suas atribuições, praticar infração prevista neste Decreto-lei, será também passível das penas nêle cominadas, sendo-lhe porém facultado, quanto à multa, que não excederá à importância correspondente a um mês do seu vencimento ou salário, requerer pagamento parcelado, em prestações mensais não inferiores a dez por cento (10%) do referido vencimento ou salário.”

42 Aqui, cabe notar que o Código Penal vigia em sua redação original, antes, portanto, da reforma da parte geral ocorrida em 1984, e que vigoravam os atos institucionais, superiores à própria Constituição. Não obstante, previa o referido diploma de 1940, em seu artigo 2º, que: “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. Parágrafo único. A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível”.

penal em sentido estrito para a criação de crimes e penas.

## 2.2.2. ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI Nº 10.826/2003)

Ao revogar a Lei 9.437/1997, a Lei 10.826/2003, mais conhecida como Estatuto do Desarmamento, concedeu prazo inicial de 180 dias para que os possuidores e proprietários de armas não registradas solicitassem o registro<sup>43</sup> ou as entregassem à Polícia Federal<sup>44</sup>.

A primeira questão interessante versa sobre a possibilidade da aplicação retroativa dos seus artigos 30 e 32 aos fatos praticados antes de 23 de junho de 2004 (180 dias após a entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento). Isso porque, para alguns, tratar-se-ia de evidente lei penal mais benéfica que permitia a regularização de porte e posse ilegais de armas até 23 de junho de 2004. Dessa forma, em relação aos condenados e acusados pelo delito do art. 10 da Lei 9.437/1997 deveria ser declarada extinta a punibilidade, vez que sua situação poderia ser regularizada até junho de 2004. Outros, porém, defendiam que, ainda que se tratasse de *abolitio criminis*, por serem dispositivos penais temporários, os artigos 30 e 32 não poderiam ter eficácia retroativa.

Nesta seara, assim decidiu, em sede de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COMETIDA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.437/97. LEI

---

43 Lei 10.826/2003, art. 30: “Os possuidores e proprietários de arma de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem ilícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos”.

44 Lei 10.826/2003, art. 32: “Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei.”.

Nº 10.826/03 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO). VACATIO LEGIS ESPECIAL. ATIPICIDADE TEMPORÁRIA. ABOLITIO CRIMINIS.

1. A *vacatio legis* especial prevista nos artigos 30 a 32 da Lei nº 10.826/03, conquanto tenha tornado atípica a posse ilegal de arma de fogo havida no curso do prazo assinalado, não subtraiu a ilicitude penal da conduta que já era prevista no artigo 10, § 2º, da Lei nº 9.437/97 e continuou incriminada, até com maior rigor, no artigo 16 da Lei nº 10.826/03. Ausente, portanto, o pressuposto fundamental para que se tenha por caracterizada a *abolitio criminis*.

2. Além disso, o prazo estabelecido nos referidos dispositivos expressa, por si próprio, o caráter transitório da atipicidade por ele criada indiretamente. Trata-se de norma que, por não ter ânimo definitivo, não tem, igualmente, força retroativa. Não pode, por isso, configurar *abolitio criminis* em relação aos ilícitos cometidos em data anterior. Inteligência do artigo 3º do Código Penal.

3. Habeas corpus denegado.

- *grifos nossos*

(HC 90995/SP. Rel. Min. Menezes Direito. Data da publicação: 07/03/2008).

No entanto, a recente súmula 513 do e. Superior Tribunal de Justiça, aprovada em 10 de junho de 2014, entende que o caso em tela é de *abolitio criminis* temporária:

Súmula 513 do STJ: A *abolitio criminis* temporária prevista na Lei n. 10.826/2003 aplica-se ao crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticado somente até 23/10/2005.

Ainda em relação ao prazo para registro e entrega de armas em situação irregular, outras controvérsias surgiram, notadamente no tange às sucessivas leis que prorrogaram os referidos prazos. A questão a ser suscitada é: o que acontece com os cidadãos processados e condenados durante os interstícios não acobertados por nenhuma das prorrogações legais? Ficam eles sujeitos aos delitos tipificados nos artigos 12 e 14 do Estatuto ou seriam eles beneficiados pela aplicação retroativa das leis dilatadoras dos prazos dos artigos 30 e 32 do mesmo Estatuto?

Assim entendeu – de forma contrária à *ratio* da ementa acima aduzida - o Superior Tribunal de Justiça:

Os prazos a que se referem os artigos 30, 31 e 32, da Lei n.º 10.826/03, só beneficiam os possuidores de arma de fogo, i.e, quem a possui em sua residência ou emprego. Ademais, cumpre asseverar que o mencionado prazo teve seu termo inicial em 23 de dezembro de 2003, e possui termo final previsto para 31 de dezembro de 2008 (nos termos do art. 1º da Medida Provisória n.º 417, de 31 de janeiro de 2008, que conferiu nova redação aos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03). Desta maneira, nas hipóteses ocorridas dentro de tal prazo, ninguém poderá ser preso ou processado por possuir (em casa ou no trabalho) uma arma de fogo.

*In casu*, as condutas atribuídas ao paciente foram as de possuir munição e de manter sob sua guarda arma de fogo de uso permitido, ambos no interior de sua residência. Logo, enquadra-se tal conduta nas hipóteses excepcionais dos artigos 30, 31 e 32 do Estatuto do Desarmamento, restando, portanto, extinta a punibilidade, ex vi do art. 5º, XL, da CF c/c art. 107, III, do Código Penal. Ordem concedida’.

(STJ - HC 92369/SP - Rel. Ministro Felix Fischer – Data de julgamento: 26/02/2008).

Não obstante, de forma diversa demonstra recente decisão unânime do STF – a qual, inclusive, foi reconhecida repercussão geral:

[...]

3. A construção jurisprudencial e doutrinária, conquanto inexistente previsão explícita de *abolitio criminis*, ou mesmo de que a eficácia do delito previsto no art. 12 do Estatuto do Desarmamento estaria suspensa temporariamente, formou-se no sentido de que, durante o prazo assinalado em lei, haveria presunção de que o possuidor de arma de fogo irregular providenciaria a normalização do seu registro (art. 30).

4. O art. 12 do Estatuto do Desarmamento, que prevê o crime de posse de arma de fogo de uso permitido, passou a ter plena vigência ao encerrar-se o interstício no qual o legislador permitiu a regularização das armas (até 23 de junho de 2005, conforme disposto na Medida Provisória n.º 253, convertida na Lei n.º 11.191/2005), mas a Medida Provisória n.º 417, em 31 de janeiro

de 2008, reabriu o prazo para regularização até 31 de dezembro do mesmo ano.

5. No caso *sub judice*, a vexata quaestio gira em torno da aplicabilidade retroativa da Medida Provisória nº 417 aos fatos anteriores a 31 de janeiro de 2008, à luz do art. 5º, XL, da Constituição, que consagra a retroatividade da *lex mitior*, cabendo idêntico questionamento sobre a retroeficácia da Lei nº 11.922/2009 em relação aos fatos ocorridos entre 1º de janeiro de 2009 e 13 de abril do mesmo ano.

6. Consectariamente, é preciso definir se a novel legislação deve ser considerada *abolitio criminis* temporária do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03, caso em que impor-se-ia a sua eficácia retro-operante.

7. O possuidor de arma de fogo, no período em que vedada a regularização do registro desta, pratica conduta típica, ilícita e culpável, porquanto cogitável a atipicidade apenas quando possível presumir que o agente providenciaria em tempo hábil a referida regularização, à míngua de referência expressa, no Estatuto do Desarmamento e nas normas que o alteraram, da configuração de *abolitio criminis*.

[...]

11. *Ex positis*, dou provimento ao Recurso Extraordinário do Ministério Público para restabelecer a sentença condenatória de primeira instância, ante a irretroatividade da norma inserida no art. 30 da Lei nº 10.826/03 pela Medida Provisória nº 417/2008, considerando penalmente típicas as condutas de posse de arma de fogo de uso permitido ocorridas após 23 de junho de 2005 e anteriores a 31 de janeiro de 2008.

(STF. RE 768494/GO. Rel. Min. Luiz Fux. Data da publicação: 08/04/2014)

Entendeu a Corte Suprema, então, que os diplomas legais dilatadores do prazo previsto nos artigos 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento são leis penais temporárias, razão pela qual não possuiriam eficácia retroativa ou ultrativa. Assim, reputam-se típicas, para o STF, as condutas de posse e porte de arma de fogo flagradas em desacordo com determinação legal ou regulamentar (isto é, entre as reaberturas dos prazos para regularização das armas), e atípicas as condutas flagradas dentro de qualquer dos prazos legais.

### 2.2.3. LEI GERAL DA COPA (LEI Nº 12.663/2012)

Por derradeiro, passa-se a analisar o caso concreto mais recente de lei penal temporária no ordenamento jurídico pátrio. Mais conhecida como “Lei Geral da Copa”, a referida iniciativa legislativa é resultado de um acordo entre a Federação Internacional de Futebol – FIFA – e o Governo Brasileiro para que este pudesse sediar a Copa do Mundo de futebol no ano de 2014. Com dez capítulos e setenta e um artigos, a Lei 12.663/2012 abrange uma vasta gama de assuntos.

É cabível mencionar, nesta seara, a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República (ADI 4.976/DF) e julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 07/05/2014. A referida ação, no entanto, embora tenha sido julgada improcedente por dez votos a um, restando parcialmente vencido o Ministro Joaquim Barbosa, impugnava apenas os artigos 23 (responsabilidade civil da União), 37 a 47 (concessão de prêmio em dinheiro e pagamento de auxílio especial mensal aos ex-jogadores) e 53 (isenção de custas e despesas judiciais à FIFA) da Lei Geral da Copa. Para o presente estudo, porém, interessa tão somente o oitavo capítulo (artigos 30 a 36), que versa sobre as disposições penais.

Ao positivar o mencionado capítulo, o Brasil se comprometeu com a proteção da propriedade intelectual da FIFA durante o evento. Para tanto, foram criados crimes referentes ao “*marketing* de emboscada” e à utilização indevida de símbolos oficiais. Sem discutir mérito dos tipos penais propriamente ditos<sup>45</sup> - todos de ação penal pública condicionada à representação da FIFA - e à legitimidade ou não da intervenção da mencionada entidade no que tange à soberania estatal, veja-se o que dispõe o artigo 36: “Os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014”.

---

45 Joaquim Falcão, porém, em artigo sobre a Lei nº 12.663/2012, alerta: “O dano de longo prazo de radicais legislações irrealistas é que se desmoraliza o sistema legal, a polícia federal, e o judiciário. Corrói-se a crença de que as leis são feitas para serem cumpridas. Estimula-se a ilegalidade, por que de baixo risco. Causa-se danos de longo prazo, ao estado de democrático de direito”. (FALCÃO, 2014)

Nota-se, portanto, que os crimes previstos na Lei Geral da Copa possuem duração previamente determinada no bojo da própria lei. A partir de 1º de janeiro de 2015, tais condutas não serão mais criminalizadas. Como é cediço, um dos princípios basilares do Direito Penal pátrio denomina-se intervenção mínima, de acordo com o qual o chamado “braço armado da Constituição” deve atuar tão somente em situações excepcionais, isto é, apenas nos casos mais danosos e quando nenhum outro ramo do direito for capaz de tutelar o bem jurídico. Assim, face ao caráter subsidiário do Direito Penal, os dispositivos penais previstos na Lei nº 12.663/2012 são questionáveis sob uma perspectiva constitucional. A tutela civil, por exemplo, poderia ser exitosa na prevenção e repressão das condutas criminalizadas pelo referido diploma legal, não havendo necessidade de intervenção do Direito Penal.

Inclusive, a própria Lei Geral da Copa dedica uma seção inteiramente às sanções civis decorrentes de situações caracterizadoras de *marketing* de emboscada. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a seu turno, elaborado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), também condena este tipo de publicidade<sup>46</sup>. Mesmo na esfera penal, a Lei 9.279/96, denominada Lei da Propriedade Industrial, já prevê os crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e propaganda<sup>47</sup> e os de concorrência desleal<sup>48</sup>.

---

46 Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, art. 31: “Este Código condena os proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, obtidos por meio de “carona” e/ou “emboscada”, mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação”.

47 Lei 9.279/96, art. 191: “Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos.”

48 Lei 9.279/96, art. 195. “Comete crime de concorrência desleal quem: I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa,

A particularidade existente nas disposições penais da Lei Geral da Copa reside na proteção ao direito exclusivo de associação dos patrocinadores aos megaeventos, fato discutível *per se*. Como dito anteriormente, porém, não será analisada a constitucionalidade dos crimes em espécie, e sim sua vigência previamente determinada. Já que as referidas condutas previstas nos artigos 30 a 33 só são consideradas crimes até 31 de dezembro de 2014, se um indivíduo fizer uso, sem autorização, de propriedade intelectual da FIFA em janeiro de 2015, sua conduta será consideravelmente menos relevante do que um sujeito que agira da mesma forma no mês anterior? E ainda: a Copa do Mundo se encerra em 13 de julho de 2014. Qual a justificativa para se manter a criminalização das condutas até o final de dezembro?

Além disso, trata-se, mais uma vez, de violação ao princípio-regra constitucional da legalidade, vez que se opera autêntica *abolitio criminis* e, como dito, não há como se fazer prevalecer uma lei ordinária (art. 3º do Código Penal) face à regra constitucional de direitos fundamentais prevista no art. 5º, XL, da Lei Maior. Se o mencionado dispositivo impõe que a lei penal benéfica retroaja, por muito mais razão a lei que desaparece deve retroagir.

### 3. CONCLUSÃO

Por fim, resta retomar a questão que deu origem a este artigo. Afinal, a lei penal temporária é constitucional? Ora, por tudo que já foi dito até aqui, não haveria como responder positivamente a esta indagação, o que comprova a hipótese adotada no momento inicial da pesquisa que instruiu o presente trabalho. Não se pode admitir, em um Estado Democrático, a recepção do artigo 3º do Código de 1940 pela Constituição sob o argumento de tratar-se de exceção à norma prevista na Lei Maior que teria sido criada pelo legislador infraconstitucional como única forma de fornecer

---

indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; [...]VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; [...]"

efetividade às leis penais excepcionais e temporárias. Essa tese desproporcional não se sustenta, dado que o constituinte assentou, sem exceções, a retroatividade benigna como direito fundamental de todos os cidadãos no artigo 5º, XL da Carta Magna. Em situações anormais, periódicas e calamitosas, o legislador deve empregar outros instrumentos constitucionalmente previstos para resguardar bens jurídicos carentes de proteção – sem, contudo, violar a Carta de Outubro, como o faz o artigo 3º do Código Penal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. *Revista DOXA* nº 05/1988. Disponível em <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>>. Acesso em 15.nov.2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos*. Disponível em <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20081127-03.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf)>. Acesso em 20.jun.2014

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAMARGOS, Wladimir Vyncus de Moraes; SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. **Lei Geral da Copa: Lei 12.663/2012 e normas complementares**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2012.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. Coimbra: Coimbra, 1990

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crimes**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

COSTA JUNIOR, Paulo José. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1992.

DELMANTO, Celso e outros. **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FALCÃO, Joaquim. **A Polícia Federal e a falsa camisa da seleção**. Disponível em <<http://diretorio.fgv.br/especial-direito-e-copa/pf-e-camisa-da-selecao>>. Acesso em 20.jun.2014

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A lei penal no tempo**. *Revista do Superior Tribunal Militar*: ano I, nº 1, 1975. Disponível em <[http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/heleno\\_artigos/arquivo10.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo10.pdf)>. Acesso em 13.mai.2014

FRANCO, Alberto Silva. **Temas de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 1016).

NEVES, Antônio Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In: NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta**, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2010

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, vol. 1: introdução e parte geral**. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Rideel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Marcel Gomes de. **Estudos aprofundados sobre as leis excepcionais e temporárias**. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10763&revista\\_caderno=3](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10763&revista_caderno=3)>. Acesso em 20.jun.2014

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **Retroatividade penal benéfica: uma visão constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRANDO, Camila de Mello. Uma proposta de leitura abolicionista: onde Louk Hulsman e Alessandro Baratta se encontram. In: BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (Orgs.). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 125-150.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Recebido em 20/04/2015.

Aprovado em 01/08/2015.