

Eficácia da Lei Penal no Tempo

Como decorrência do princípio da legalidade, aplica-se, **em regra**, a lei penal vigente ao tempo da **realização** do fato criminoso (*tempus regit actum*).

A lei penal, para produzir efeitos no caso concreto, deve ser **editada antes** da prática da conduta que busca incriminar.

Excepcionalmente, será permitida a retroatividade da lei penal para alcançar fatos passados, desde que para **beneficiar** o réu.

A este fenômeno pelo qual a lei se movimenta no tempo (**sempre para beneficiar** o réu) dá-se o nome de **extra-atividade** (gênero).

São espécies de extra-atividade:

a) A **retroatividade**: capacidade que a lei penal tem de ser aplicada a fatos praticados antes da sua vigência;

b) A **ultra-atividade**: a possibilidade de aplicação da lei penal mesmo após a sua revogação ou cessação de efeitos.

Tempo do crime

É necessário que se saiba o tempo do crime para a correta e justa aplicação da lei penal.

Exemplo: para que se verifique a imputabilidade do agente.

O Código Penal adotou a **teoria da atividade**, dispondo em seu art. 4º que “considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”¹.

¹ Existem outras teorias acerca do tempo do crime (não adotadas pelo Código Penal): a) teoria do **resultado (do evento ou do efeito)**: considera-se praticado o crime no momento do seu resultado

Pelo princípio da **coincidência** (da **congruência** ou da **simultaneidade**), todos os elementos do crime (fato típico, ilicitude e culpabilidade) devem estar presentes no **momento da conduta**.

A imputabilidade do agente depende da aferição de sua idade no **momento da ação ou omissão** (não no momento do resultado).

Aplicação: se ao tempo dos disparos de arma de fogo (**ação**) o agente era menor de 18 anos², terá praticado ato infracional equiparado ao crime correspondente e deverá ser sancionado de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei de regência da **época da ação**), ainda que a vítima somente venha a óbito (**resultado**) quando o agente já tenha completado os 18 anos.

O **momento do crime** é o marco inicial para saber a lei que, em regra, vai reger o caso concreto.

Sucessão de leis no tempo

Entre a data do fato e o término do cumprimento de pena, podem surgir diversas leis penais que disciplinam determinada matéria, fenômeno conhecido como **sucessão de leis no tempo**.

(exemplo: local do óbito); b) teoria da **ubiquidade (ou mista)**: considera-se o tempo do crime tanto o momento da ação ou omissão quanto o momento da produção do resultado exemplo: local do disparo ou local do óbito).

² Importante: a maioridade penal inicia-se aos 18 anos completos, não aos 21 anos. (CF, art. 228: “São penalmente inimputáveis os **menores de dezoito anos**, sujeitos às normas da legislação especial”; CP, art. 27: “**Os menores de 18 (dezoito) anos** são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Nota: a Convenção sobre os Direitos da Criança ratificada pelo Brasil em 1990 autoriza que a legislação interna do país disponha sobre a redução da maioridade (art. 1º: “Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”). Para os **menores de 21 anos** (efeitos): a) **atenuante** (art. 65: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença”); b) **redução pela metade do prazo prescricional** (art. 115: “São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”).

Quando isso ocorre, é necessário observar se as normas anteriores serão **ultra-ativas** ou se haverá a **retroatividade** das normas posteriores segundo o **critério da norma mais benéfica** ao réu.

Fundamento legal:

a) Constituição Federal, art. 5º, XL: *“a lei penal não retroagirá, salvo para **beneficiar o réu**”;*

b) 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”* (lei penal no tempo).

Referidos dispositivos tratam da regra da **irretroatividade** da lei penal, salvo quando **favorecer** o acusado ou condenado (retroatividade benéfica).

A irretroatividade decorre do princípio da **anterioridade**, corolário do princípio da **legalidade**: art. 1º, do CP: *“não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem **prévia cominação legal**”* (anterioridade da lei).

Fundamento político-criminal: não faz sentido manter a punição de forma mais rigorosa quando a sociedade, através de seu Poder Legislativo, não mais reprova determinado fato com a mesma intensidade de antes. Da mesma forma, não faz sentido punir de forma mais rigorosa um fato que, ao tempo de sua realização, não era reprovado com maior intensidade (uma vez que o agente praticou o fato em outro contexto, com expectativas diversas das que futuramente vieram abarcadas na norma penal).

5 cenários surgem a partir daí:

Tempo da realização do ato	Lei posterior	(ir)retroatividade
Fato atípico	Torna o fato típico	Lei incriminadora: irretroatividade – art. 1º do CP
Fato típico	Mantém o fato típico, mas, de qualquer modo, prejudica o réu	<i>Novatio legis in pejus</i> irretroatividade – art. 1º do CP
Fato típico	Supressão da figura criminosa	<i>Abolitio criminis</i> Retroatividade – art. 2º do CP
Fato típico	Mantém o fato típico, mas, de qualquer modo, favorecer o réu	<i>Novatio legis in melius</i> Retroatividade – art. 2º do CP, parágrafo único
Fato típico	O conteúdo típico migra para outro tipo penal	Princípio da continuidade normativo-típica

Sucessão de lei incriminadora

A nova lei que incrimina um comportamento anteriormente atípico é irretroativa (art. 1º do CP).

Exemplo: art. 311-A do Código Penal³ (fraudes em certames de interesse público), que não é aplicável a fatos praticados antes de 16 de março de 2011, data da publicação da lei 12.550/2011, que criminalizou o fato.

³ **Fraudes em certames de interesse público** (Incluído pela Lei 12.550. de 2011)

Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de: (Incluído pela Lei 12.550. de 2011)

I - concurso público; (Incluído pela Lei 12.550. de 2011)

II - avaliação ou exame públicos; (Incluído pela Lei 12.550. de 2011)

III - processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou (Incluído pela Lei 12.550. de 2011)

IV - exame ou processo seletivo previstos em lei: (Incluído pela Lei 12.550. de 2011)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei 12.550. de 2011)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput. (Incluído pela Lei 12.550. de 2011)

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública: (Incluído pela Lei 12.550. de 2011)

Novatio legis in pejus

A nova lei que de qualquer modo prejudica o réu (*lex gravior*) também é irretroativa, devendo ser aplicada a lei vigente quando do tempo do crime (art. 1º do CP e também uma leitura *a contrario sensu* do parágrafo único do art. 2º do CP).

Nesses casos, a lei anterior (mais benéfica), apesar de revogada, será **ultra-ativa**, aplicada em detrimento da lei nova (lei vigente na data do julgamento).

Exemplo: Lei 12.234/2010⁴ aumentou de 2 para 3 anos o prazo de prescrição (causa extintiva da punibilidade) para crimes com pena máxima inferior a 1 ano, sendo esta alteração prejudicial ao réu. Logo, não poderá ser aplicada aos fatos praticados antes da sua entrada em vigor (6 de maio de 2010).

Observação: essa lei também **proibiu o reconhecimento da prescrição retroativa** entre a **data do fato e o oferecimento da denúncia ou queixa-crime** (§ 1º do art. 110⁵), alteração essa que também não se aplica a fatos anteriores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei 12.550. de 2011)

§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público. (Incluído pela Lei 12.550. de 2011)

4 Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

⁵ Art. 110, § 1º: a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela **pena aplicada**, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data **anterior à da denúncia ou queixa**. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Importante: notar que a lei não vedou seu reconhecimento **entre o oferecimento da denúncia e seu recebimento**, o que é de pouca aplicação prática diante do exíguo lapso.

Exemplo 2: Lei 11.106/2005 revogou os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, que estabeleciam como causas de extinção da punibilidade dos crimes contra os costumes o casamento da vítima com o agente e o casamento da vítima com terceiro, respectivamente.

Lei posterior gravosa aplica-se no decorrer da prática de **crime permanente** (crime cujo momento consumativo se prolonga no tempo) e **crime continuado** (art. 71 do CP⁶).

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

Paulo Queiroz afirma que, tratando-se de crime continuado, a aplicação da lei mais grave a toda a cadeia de delitos viola o princípio da legalidade.

Abolitio criminis

A abolição do crime significa a supressão da figura criminosa. Trata-se da revogação de um tipo penal pela superveniência de lei descriminalizadora (art. 2º, *caput*, do CP).

Exemplo: adultério (art. 240 do CP), sedução (art. 217 do CP), rapto consensual (art. 220 do CP).

⁶ Crime continuado

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Importante: revogação, ainda que temporária, de **complemento** de norma penal em branco em sentido estrito implica *abolitio criminis*.

Exemplo: cloreto de etila (substância presente no “lança perfume”) foi retirado por 8 dias⁷ de Portaria da Secretaria de Vigilância Sanitária que regulamentava a Lei de Drogas ao listar as substâncias psicotrópicas de uso proibido no Brasil (STF, HC 120026, decisão monocrática, Dje em 02.06.2015⁸).

Natureza jurídica da *abolitio criminis*

Causa extintiva da punibilidade (art. 107, III, do CP⁹).

O juiz deve reconhecer causa extintiva da punibilidade em qualquer fase do processo (art. 61 do CPP¹⁰)

Observação: **Flávio de Monteiro de Barros** ensina que a natureza é de causa extintiva da tipicidade, extinguindo-se, por conseguinte, a punibilidade.

⁷ Caso narrado no HC: um homem foi preso em flagrante pela Polícia Rodoviária Federal com seis mil frascos de “lança-perfume”, no dia 12 de novembro de 2000, e condenado a três anos e nove meses de prisão pelo crime de tráfico de entorpecentes. Ocorre que, em 7 de dezembro de 2000, a Anvisa editou a Resolução 104/2000, que excluiu o cloreto de etila da relação constante na lista de substâncias psicotrópicas de uso proibido no Brasil (Portaria SVS/MS 334/98). Em 15 de dezembro do mesmo ano, a substância foi reincluída na lista por uma nova portaria.

⁸ “*Antes mesmo do advento da Resolução Anvisa nº 104/2000, o Supremo Tribunal Federal já havia firmado entendimento no sentido de que a exclusão do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas vedadas editada pelo órgão competente do Poder Executivo da União Federal faz projetar, retroativamente, os efeitos da norma integradora mais benéfica, registrando-se a **abolitio criminis em relação a fatos anteriores à sua vigência**, relacionados ao comércio de referida substância, pois, em tal ocorrendo, restará descaracterizada a própria estrutura normativa do tipo penal em razão, precisamente, do desaparecimento da elementar típica “substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica”.*”

⁹ **Extinção da punibilidade**

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

¹⁰ Art. 61 do CPP. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

A lei penal que retira formal e materialmente determinada figura criminosa do mundo jurídico não deve respeito à coisa julgada.

O art. 2º, *caput*, do CP é expresso ao determinar a execução e a cessação dos efeitos da sentença penal condenatória nesses casos, o que não viola o art. 5º, inciso XXXVI da CF¹¹ porque o mandamento constitucional tutela o indivíduo e não o direito de punir do Estado.

Efeitos da condenação em caso de *abolitio criminis*

Os **efeitos penais** da condenação são afastados (cumprimento da pena imposta, reincidência, maus antecedentes, revogação de algum benefício, nome no rol dos culpado).

Os **efeitos extrapenais** da condenação **não** são afastados (art. 91 e 92 do CP¹²).

¹¹ Art. 5º, XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹² DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Efeitos genéricos e específicos

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Observação: perda do cargo como efeito secundário específico da condenação (art. 92) aplica-se, em regra, somente ao cargo no qual a conduta foi praticada; a extensão desse efeito para o novo cargo depende de motivação específica. Ver o seguinte acórdão do STJ (informativo 599):

1. Narra a denúncia que o acusado, na condição de gerente da agência dos Correios do município de Brejinho/PE, encaminhava os aposentados e pensionistas do INSS para o escritório onde trabalhava a outra denunciada para que, no referido local, efetivassem o recebimento e preenchimento do formulário de recadastramento perante o INSS, momento em que era cobrado o valor de R\$5,00 (cinco reais), na qual havia uma partilha entre os denunciados, destinando-se R\$3,00 (três reais) ao primeiro denunciado e R\$2,00 (dois reais) à segunda.

(...)

8. No presente caso, **o agente praticou o delito quando ocupava emprego público na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo sido aprovado em concurso público para outro cargo na Universidade Federal de Pernambuco, durante o trâmite processual.**

9. **Em regra, a pena de perdimento deve ser restrita ao cargo público ocupado ou função pública exercida no momento do delito. Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ela, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo,** valendo-se o envolvido da função para a prática do delito.

10. **Salienta-se que se o Magistrado a quo considerar, motivadamente, que o novo cargo guarda correlação com as atribuições do anterior, ou seja, naquele em que foram praticados os crimes, mostra-se devida a perda da nova função, uma vez que tal ato visa a anular a possibilidade de reiteração de ilícitos da mesma natureza, o que não ocorreu no caso.** Dessa forma, como o crime em questão fora praticado quando o acusado era empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, não poderia, sem qualquer fundamentação e por extensão, ser determinada a perda do cargo na UFPE.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido parcialmente.

(REsp 1452935/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017).

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Importante: caso específico de deputados e senadores, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta. Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013). **Jurisprudência:**

Fundamento: a descriminalização da conduta não retira o caráter ilícito que outros ramos do direito (civil, administrativo) lhe conferem.

Novatio legis in mellius

Trata-se de lei nova que de qualquer modo beneficia o agente (chamada *lex mitior*).

Assim como a lei abolicionista, não deve respeito à coisa julgada.

Exemplo: lei 12015/2009 que deu nova redação ao delito de “casa de prostituição”, exigindo um estabelecimento onde haja **exploração sexual** (não simplesmente sexo – “lugar destinado a encontros libidinosos”, mas exploração sexual)¹³

Juiz competente para aplicação da lei penal mais benéfica:

a) **Antes do trânsito em julgado**, compete ao magistrado de primeiro grau aplicá-la até a sentença; compete ao Tribunal, desde que em grau de recurso;

b) **Depois do trânsito em julgado**, é necessário distinguir:

"No caso específico dos parlamentares, essa relação natural entre suspensão dos direitos políticos e perda do cargo público (...) não se estabelece como consequência natural. E a Constituição, no art. 55, parágrafo 2º, diz claramente que, nesses casos, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal por (...) maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa." (AP 565, rel. min. **Cármem Lúcia**, voto do min. **Teori Zavascki**, julgamento em 8-8-2013, Plenário, DJE de 23-5-2014.) **Em sentido contrário:** AP 396-QO, rel. min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 26-6-2013, Plenário, DJE de 4-10-2013; AP 470, rel. min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 17-12-2012, Plenário, DJE de 22-4-2013.

¹³ **Casa de prostituição**

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra **exploração sexual**, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

b.1) se sua operação depender de mera operação matemática, compete ao juiz da execução aplicá-la;

b.2) se sua operação depender de juízo de valor (exemplo: criação de nova causa de diminuição de pena), é necessário o ajuizamento de Revisão Criminal para desconstituir o trânsito em julgado e aplicar a nova lei (julgamento pelo Tribunal competente).

	Lei penal benigna	
Espécie	Que demanda mera <u>aplicação matemática</u>	Que demanda <u>juízo de valor</u>
Juízo competente	Juízo da execução (art. 66, inciso I, da LEP)	Juízo da Revisão Criminal (tribunal competente)
Exemplo:	Criação de uma causa de diminuição para um crime patrimonial quando o dano inferior a 1 salário mínimo	Criação de uma causa de diminuição para um crime patrimonial quando o dano for de pequeno valor

É possível sua aplicação durante o período de *vacatio legis*?

1ª Corrente (Alberto Silva Franco): o tempo da *vacatio* tem por finalidade essencial tornar a lei conhecida. Não há razão para se postergar a aplicação da lei por parte dos agentes que já a conhecem quando seus preceitos são mais brandos pois inevitavelmente serão aplicados. Daí que tal período apenas é necessário quando se trata de *lex gravior*.

2ª Corrente (Paulo Queiroz, Damásio de Jesus e Guilherme de Souza Nucci): antes da *vacatio legis*, a lei penal não possui eficácia jurídica ou social, não passa de mera expectativa de lei (que pode ser revogada ainda nesse período, a exemplo do Código Penal de 1969, que teve uma *vacatio legis* de aproximadamente nove anos e foi revogado sem nunca ter entrado em vigor).

Em caso de dúvida sobre a lei penal mais benéfica, sugere Hungria que o réu seja ouvido e manifeste-se por meio de seu advogado.

É possível a combinação de leis penais para beneficiar o réu?

Significa o raciocínio pelo qual o juiz aplica, ao mesmo tempo, os preceitos ou critérios mais favoráveis da lei antiga e da lei nova, conjugando-os.

Lei A	Lei B	Lei C
Pena: 2 a 4 anos + multa	Pena: 4 a 8 anos sem multa	Pena: 2 a 4 anos sem multa

1ª Corrente (Nelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Aníbal Bruno): ao proceder dessa forma, o juiz se arvora na função de legislador, violando a separação de poderes.

Esse entendimento consta da **Súmula 501**¹⁴ do **STJ**, seguido pelo plenário do **STF** no RE 600.817.

2ª Corrente (Basileu Garcia, Celso Delmanto e Damásio de Jesus): trata-se de aplicação de norma constitucional que permite ao juiz aplicar em parte o que pode aplicar no todo (neste caso, quando a lei posterior é integralmente favorável, não se tratando propriamente de “criação” de uma terceira lei). Além disso, tal aplicação atende ao objetivo político-criminal da retroação benéfica.

Princípio da continuidade normativo-típica

A *abolitio criminis* significa a supressão formal e material da figura criminosa, expressando o desejo do legislador de não mais considerar determinada figura como criminosa.

¹⁴ **Súmula 501**: “É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis”.

O princípio da continuidade normativo-típica significa a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento do conteúdo criminoso para outro tipo penal. A intenção é que a conduta permaneça criminosa.

<i>Abolitio Criminis</i>	Continuidade normativo-típica
Supressão da figura criminosa (supressão <u>formal e material</u>)	Supressão apenas <u>formal</u> do crime (não material)
A conduta não será mais punida (o fato deixa de ser punível)	O fato permanece punível (a conduta criminosa migra para outro tipo penal)
A intenção do legislador é não mais considerar o fato criminoso	A intenção do legislador é manter o caráter criminoso do fato

Exemplo: “raptos consensual” e “raptos violentos”¹⁵.

	Rapto Consensual	Rapto Violento
Antes da Lei nº 11.106/2005	Art. 220	Art. 219
Depois da Lei nº 11.106/2005	<i>Abolitio Criminis</i>	Migrou para o Art. 148, § 1º, V, do CP ¹⁶

¹⁵ Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Art. 220 - Se a raptada é maior de 14 (catorze) anos e menor de 21 (vinte e um), e o rapto se dá com seu consentimento:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

¹⁶ **Sequestro e cárcere privado**

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III - se a privação da liberdade dura mais de quinze dias.

IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

V - se o crime é praticado com fins libidinosos. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

		Princípio da Continuidade normativo-típica
--	--	---

Lei temporária e Lei excepcional

Dispõe o art. 3º do CP: “a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, **aplica-se ao fato praticado durante sua vigência**”.

A lei temporária (ou temporária em sentido estrito) é aquela instituída por um prazo determinado, ou seja, é a lei que criminaliza determinada conduta, porém prefixando no seu texto lapso temporal para a sua vigência.

Exemplo: Lei 12.663/2012, que criou crimes que buscam proteger o patrimônio material e imaterial da FIFA¹⁷ (até 31 de dezembro de 2014).

A lei excepcional (ou temporária em sentido amplo) é editada em função de algum evento transitório, como estado de guerra, calamidade ou qualquer outra necessidade estatal. Perdura enquanto persistir o estado de emergência.

Características fundamentais:

a) **Autorrevogabilidade**: as próprias leis determinam a si próprias um momento a partir do qual estarão revogadas. A partir de um certo lapso temporal (leis temporárias) ou cessada a situação de anormalidade (leis excepcionais).

b) **Ultra-atividade**: regem os fatos praticados durante a sua vigência mesmo após sua revogação uma vez que os elementos temporal e excepcional são elementos

§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

¹⁷ Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude – 2013.

ínsitos ao próprio fato típico (ou seja, tais elementos são relevantes para a própria criação do tipo).

Conclusão: não sofrem os efeitos da *abolitio criminis*, exceto se houver lei expressa nesse sentido. A finalidade é que não percam a sua força intimidativa.

Constitucionalidade das leis temporárias ou excepcionais

Zaffaroni e Pierangeli questionam a constitucionalidade do art. 3º do CP diante do fato de a CF não fazer ressalvas à retroatividade benéfica.

Todavia, prevalece o entendimento de que não há violação ao princípio da retroatividade em benefício do réu, conforme consta do item 8 da Exposição de Motivos da Parte Geral do CP.

Retroatividade da jurisprudência

A CF e CP referem-se somente à retroatividade benéfica da lei. Nada dizem acerca da retroatividade da jurisprudência.

Prevalece, portanto, o entendimento que somente a lei pode ser extra-ativa, não a jurisprudência (Paulo Queiroz e Rogério Greco são críticos a esse entendimento).

Exceção: jurisprudência de efeitos vinculantes (súmulas vinculantes e decisões do controle concentrado de constitucionalidade).

Retroatividade da lei penal em caso de norma penal em branco

a) A alteração de um complemento de uma norma penal em branco **homogênea** (em benefício do agente) sempre teria efeitos retroativos.

Exemplo: art. 237 do CP (“*contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta*”).

A supressão de algum impedimento por alteração no Código Civil enseja a *abolitio criminis*.

b) A alteração de um complemento de uma norma penal em branco **heterogênea** (em benefício do agente) comporta duas soluções:

b.1) se o complemento se reveste de **excepcionalidade ou temporariedade**, não retroage (regra das leis temporárias e excepcionais – art. 3º do CP).

Exemplo:

Exemplo: art. 2º, inciso VI, da Lei dos crimes e contravenções contra a economia popular (Lei 1521/1951): *são crimes desta natureza: VI - **transgredir tabelas** oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por **preço superior ao tabelado**, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes;*

Dado o caráter excepcional ou temporário do regulamento que fixa o preço de uma determinada mercadoria para atender a uma específica e emergencial política governamental, não há retroatividade da lei em razão da alteração do complemento em benefício do agente.

b.2) se o complemento não se reveste de **excepcionalidade ou temporariedade**, retroage (regra geral).

Exemplo:

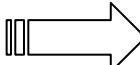
Exemplo: art. 33 da Lei 11.343/06 (Lei de drogas): *“importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”*.

A alteração na Portaria 344/1998 da Anvisa, que estabelece o rol de substâncias entorpecentes, em regra, não se reveste de excepcionalidade, razão pela qual a alteração benéfica retroage para favorecer o agente (retirada de uma substância do rol).

Lei intermediária

A lei intermediária (ou intermédia) é aquela que deverá ser aplicada porque benéfica ao agente, embora não fosse a lei vigente ao tempo do fato, tampouco seja a lei vigente no momento do julgamento.

Importante: aplicando-se a regra geral, conclui-se que essa lei é tanto retroativa quanto ultra-ativa (**duplo efeito** em termos de extra-atividade).

Linha do tempo (sucessão de leis no tempo): 

Lei vigente à época da ação (tempo do crime) (revogada)	Lei intermediária (não vigente no tempo do crime) (revogada)	Lei vigente à época do julgamento
Pena de 2 a 4 anos	Pena de 1 a 2 anos	Pena de 4 a 6 anos
Mais severa	Mais benéfica	Mais severa
Não extra-ativa (não ultra-ativa)	Duplamente extra-ativa (retroativa em relação à lei anterior e ultra-ativa em relação à lei posterior)	Não extra-ativa (irretroativa)

Conflito aparente de leis penais

Ocorre o conflito aparente entre normas quando mais de um dispositivo legal é aplicável a determinado fato.

O conflito é aparente porque há critérios para a definição da norma aplicável ao caso concreto, de modo que apenas uma incidirá.

Não se confunde o conflito aparente entre normas com a sucessão de leis no tempo: no primeiro, duas leis vigentes disputam a aplicação no caso concreto; na segunda, o conflito se dá entre lei vigente e lei revogada.

Pressupostos:

- a)** Unidade do fato;
- b)** Pluralidade de normas simultaneamente vigentes.

Finalidade da solução do conflito:

- a)** Assegurar a harmonia e a coerência do sistema penal;
- b)** Evitar a possibilidade de *bis in idem*.

Princípios fundamentais para resolver o conflito aparente

a) **Especialidade:** determina o afastamento da aplicação da lei geral para a aplicação da lei especial.

Previsão no art. 12 do CP: “*as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*”.

Lei especial é aquela que contém todos os elementos da norma geral, acrescida de outros que a tornam distinta (chamados elementos especializantes).

O tipo especial preenche integralmente o tipo geral, com a adição de elementos especializantes.

Exemplo: importação irregular de drogas. Disputam a regência da matéria o **crime de contrabando** (art. 334-A¹⁸) e o **crime de tráfico** (art. 33, *caput*¹⁹). Todavia, o crime de contrabando considera crime o ato de importar ou exportar qualquer mercadoria proibida enquanto uma das modalidades puníveis de tráfico é a importação de drogas (**produto especial** – elemento especializante).

Exemplo 2: prática de crimes definidos na lei de drogas (art. 33 a 37 da Lei 11.343/06) envolvendo criança ou adolescente (ou quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação): causa de aumento do art. 40, VI da Lei 11.343/2006²⁰ absorve a figura autônoma tipificada no art. 244-B²¹, do ECA (corrupção de menores).

¹⁸ Art. 334-A. Importar ou exportar **mercadoria proibida**: pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos

¹⁹ Art. 33. **Importar**, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer **drogas**, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

²⁰ Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação.

Superior Tribunal de Justiça: “A majorante, prevista no art. 40, inc. VI, da Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicada nas hipóteses em que o crime de tráfico de drogas envolver ou visar a atingir criança ou adolescente, **sendo desnecessária a demonstração de que o menor não tinha envolvimento anterior com o tráfico ou de que adulto tenha corrompido o menor a cometer o crime**, circunstâncias que ensejam a imputação pelo crime previsto no art. 244-B do ECA”. (HC 174.005/DF, 6ª Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em **07.05.2015**, DJe 19.05.2015). Dessa forma decidiu ainda a 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0047430-31.2013.8.26.0506, julgada em 20.10.2015):

“(…) No entanto, em que pese o entendimento do magistrado a quo, temos que a participação do menor enseja apenas a aplicação da causa do aumento da pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, devendo ser afastada a condenação pela prática do crime do art. 244-B da Lei nº 8.069/90. Tal questão é dirimida pelo critério da especialidade (“lex specialis derogat generali”), uma vez que, praticando o menor crimes em geral, na companhia dos acusados, configurar-se-ia o delito do art. 244-B da Lei nº 8.069/90 (...). Contudo, praticando o incapaz o tráfico de drogas, juntamente com o acusado, a Lei nº 11.343/2006 tipifica causa específica de aumento de pena para a hipótese, que deve ser aplicada (...) Desse modo, ao trazer um

Em regra, a lei especial não sofre nenhuma consequência pela alteração da lei geral.

Todavia, pode haver influência se a lei geral nova beneficia o réu de alguma forma.

Exemplo: art. 85 da Lei 9.099/95²² determina que o não-pagamento da pena de multa (nos casos regidos pela Lei 9.099/95 – lei especial) enseja a conversão em pena privativa de liberdade **ou** restritiva de direitos.

A Lei 9.268/96 alterou o art. 51 do CP²³ (lei geral) para modificar a natureza da multa, que passou a ser tratada como dívida de valor (que passa a ser inscrita em dívida ativa e executada pela Fazenda Pública – afastando a aplicação da Lei de Execução Penal, não mais implicando o seu não-pagamento na conversão em pena de prisão).

Nesse sentido a **Súmula 521** do STJ: *“a legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública”*.

É irrelevante que o crime especial seja menos grave que o crime geral (pode ser punido de forma menos grave).

elemento especializante, a causa de aumento da Lei de Drogas deve ser aplicada, em prejuízo da tipificação pelo crime de corrupção de menores, pois a ela prevalece, evitando-se o bis in idem (...)”.

²¹ Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: **(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)**

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. **(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)**

²² Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

²³ Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996).

Exemplo: infanticídio (crime especial) é punido com pena menor que o homicídio (crime geral). A elementar especializante (“estado puerperal”) estabelece uma menor reprovabilidade da conduta.

b) **Subsidiariedade** (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)

Uma lei tem caráter subsidiário relativamente a outra (principal) quando o fato por ela incriminado é também incriminado por outra, tendo um âmbito de aplicação comum, mas abrangência diversa.

A relação entre as normas (subsidiária e principal) é de maior ou menor gravidade (e não de espécie e gênero, como na especialidade).

A norma subsidiária atua apenas quanto o fato não se subsuma a crime mais grave.

A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita:

a) **expressa**: lei prevê expressamente a não-aplicação da norma menos grave se não constituir crime mais grave.

Exemplos: artigos 132²⁴, 238²⁵, 307²⁶, 314²⁷ e 337²⁸ do CP.

²⁴ **Perigo para a vida ou saúde de outrem**

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

²⁵ **Simulação de autoridade para celebração de casamento**

Art. 238 - Atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento:

Pena - detenção, de um a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

²⁶ **Falsa identidade**

Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

²⁷ **Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento**

Art. 314 - Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

b) **tácita**: um delito de menor gravidade cede espaço diante de um delito de maior gravidade.

Exemplos: constrangimento ilegal (art. 146²⁹) cometido mediante grave ameaça absorve a ameaça (art. 147³⁰). Delito tipificado no art. 311³¹ do CTB (crime de perigo) é absorvido pelo crime tipificado no art. 302³² (crime de dano) do mesmo diploma.

Rogério Greco não enxerga utilidade no princípio da subsidiariedade, pois o conflito por ele solucionado poder ser resolvido pelo princípio da especialidade.

c) **Consumção** (*lex consumens derogat legi consumptae*)

Também conhecido como princípio da absorção, verifica-se a continência de tipos, ou seja, o crime previsto por uma norma (consumida – crime meio) não passa de

²⁸ **Subtração ou inutilização de livro ou documento**

Art. 337 - Subtrair, ou inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

²⁹ **Constrangimento ilegal**

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

³⁰ **Ameaça**

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

³¹ Art. 311. Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, **gerando perigo de dano**: penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

³² Art. 302. Praticar **homicídio culposo** na direção de veículo automotor: penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

uma fase necessária de realização do crime previsto por outra (consuntiva – crime fim) ou é uma forma normal de transição para o último (crime progressivo).

Os fatos encontram-se em uma relação de parte a todo, de meio a fim, tornando-se uma unidade complexa.

O princípio da consunção ocorre nas seguintes situações:

c.1) **Crime progressivo**: o agente desde o início de sua conduta possui a intenção de alcançar o resultado mais grave, de modo que seus atos violam o bem jurídico de forma crescente. As violações anteriores ficam absorvidas. O delito de menor gravidade trata-se de um crime de passagem obrigatória, pois os bens jurídicos devem ser conexos por estarem na mesma linha de desdobramento da ofensa.

Exemplo: para consumir o homicídio necessariamente haverá o crime de lesão corporal (crime de passagem).

c.2) **Progressão criminosa**: o agente deseja praticar um crime menor e o consuma (produz o resultado pretendido). Todavia, em seguida (no mesmo contexto), resolve (substituição do dolo) progredir na violação do mesmo bem jurídico e produz um resultado mais grave que o anterior (consuma um crime mais grave). O fato inicial fica absorvido.

Exemplo: o agente inicialmente pretende somente causar lesões na vítima, porém, após consumir os ferimentos, decide ceifar a vida do ferido, causando-lhe a morte. Somente incidirá a norma referente ao crime de homicídio, ficando absorvido o crime de lesões corporais.

Importante: o crime progressivo **não** se confunde com a progressão criminosa³³ pois naquele o agente desde o princípio já quer o resultado mais grave

³³ Ensina Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina (Direito Penal – Parte Geral, 2ª edição, coleção Ciências Criminais, volume 2, RT, 2009, p. 395-396) que *crime progressivo não é a mesma coisa que progressão criminosa. Progressivo é o crime cometido num só tempo, num só momento, numa só conduta. A progressão criminosa necessariamente desdobra-se em dois atos (em dois momentos). Primeiro o agente*

enquanto neste o agente quer o crime menos grave (e consuma) e depois decide executar o outro, mais grave (no mesmo contexto, contra o mesmo bem jurídico, em substituição do dolo). Em ambos o agente responde por **um só crime** (a chamada unidade complexa).

A despeito da controvérsia, interessantes considerações foram feitas sobre a aplicação do princípio da consunção em crime de roubo seguido de extorsão pelo 4º Grupo de Direito Criminal do TJSP³⁴.

quer praticar o crime menor e o pratica; só depois resolve consumir a ofensa jurídica mais gravosa, que está na mesma linha de desdobramento da ofensa anterior. Exemplo: no princípio o sujeito quer apenas ferir (causar lesões contra) a vítima. Uma vez consumado esse delito, delibera matá-la e mata. Na progressão criminosa **há necessariamente a substituição do dolo (o dolo inicial é substituído por outro)** (...) As diferenças entre o crime progressivo e a progressão criminosa, em consequência, são as seguintes: (a) no primeiro o crime é realizado num único contexto fático; no segundo temos **dois contextos fáticos distintos**; (b) no primeira a intenção do agente já é (desde o princípio) alcançar o crime maior (o homicídio, no nosso exemplo); no segundo **a intenção é consumir o crime de menor entidade (lesão corporal, v.g.) e só depois é que se delibera pela realização do crime maior (homicídio, v.g.)**. Na progressão criminosa, como se vê, há uma substituição do dolo (no início havia um determinado dolo, depois o agente o substitui por outro). **O ponto coincidente entre tais modalidades de delito: em ambos o agente sempre responde só pelo resultado mais grave (o maior absorve o menor, por força do princípio da consunção ou absorção).** O crime consunto é o crime menor que fica absorvido; crime consuntivo é o crime maior que absorve o menor.

³⁴ Entendeu o 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pela aplicação da consunção na modalidade “progressão criminosa”:

“Há, porém, que apontar, *data venia*, evidente equívoco e conseqüente afronta ao exposto texto da lei penal no tocante à classificação legal da comprovada conduta do petionário e do co-réu Jonatas.

É assim que os respeitáveis julgamentos de primeiro e segundo grau **não observaram o cogente instituto da progressão criminosa**, consagrado em vários artigos (por exemplo, no 157, § 1º, e no atual 158, § 3º) do sistema do Código Penal, isto para não se trazer à baila **os princípios da consunção, especialidade e subsidiariedade a solverem o aparente concurso de normas**.

Frise-se que, à luz do que consta e admite a própria denúncia, em seus claros termos de narrativa, no caso em tela não há cuidar-se de concurso material ou formal de crimes e, muito menos, de continuidade delitiva.

É da denúncia e dos autos, mormente do conjunto instrutório, cristalino que **os sujeitos ativos, a princípio, buscavam subtrair, mediante grave e armada ameaça, bens móveis da ofendida e, após se apoderarem de sua bolsa com R\$ 310,00 e telefone celular, quando descobriram que ela também possuía e portava cartão magnético bancário, resolveram restringir-lhe, ainda mais, a liberdade e a conduziram a cidade contígua e obrigaram-na a informar-lhes a senha com que o co-réu Jonatas logrou surripiar mais a quantia de R\$ 550,00, da conta bancária da vítima, por**

c.3) **Antefactum impunível**: são fatos anteriores que estão na linha de desdobramento da ofensa mais grave. É o caso da violação de domicílio para a prática do crime de furto. O delito antecedente (antefato impunível) não é passagem necessária para o crime fim (distinção em relação ao crime progressivo). Foi meio para a prática daquele específico furto. Outros furtos ocorrem sem haver violação de domicílio. Também não há substituição do dolo (distinção para a progressão criminosa).

intermédio de caixa automático. Em outras palavras, tal senha serviu como verdadeira chave do cofre donde rapinaram o numerário adicional e, outrossim, funcionou como resgate do sujeito passivo, abandonado momentos depois e em lugar diverso.

Em resumo, **o que era roubo em andamento convolou-se, por evolução ou progressão no elemento subjetivo dos agentes, em extorsão qualificada pela necessária e mais prolongada restrição da liberdade da vítima para a obtenção de maior e ilícita vantagem económica. Ora, isto é, nada mais nada menos, que o fenómeno da progressão criminosa.**

Seria, antes do advento da Lei Federal nº 11.923, de 17 de abril de 2009, que acrescentou o § 3º ao artigo 158, do Código Penal, perfeitamente amoldável a estes fatos, apenas a progredida conduta de extorsão mediante sequestro (artigo 159, § 1º, do Código Penal), reconhecida, porém, pelos julgados em análise, somente como extorsão qualificada pelo emprego de arma e pluralidade ativa (artigo 158, § 1º), mas nunca seu concurso material com o inicial roubo tricircunstanciado, como decidiram.

Daí o excesso condenatório, que nem a denúncia e as alegações finais do Ministério Público postularam (fls. 02/03 e 122/124, dos autos da ação penal).

Ocorreu, após o julgamento da apelação exclusiva da defesa, a 28 de agosto de 2007, a promulgação da sobredita Lei Federal nº 11.923/2009, que criou a figura especial do chamado "sequestro-relâmpago", unificando a aparente duplicidade de condutas típicas de roubo seguido de extorsão, apenado com seis a doze anos de reclusão, portanto, em obediência à basilar norma da retroatividade da lei mais benéfica (artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal), perfeitamente aplicável ao caso em exame.

Em suma, **essa nova figura típica extinguiu o debate sobre concurso entre roubo e extorsão qualificada ou continuidade entre ambos.**

De tanto defluiu que esta Corte, não podendo desprezar o legítimo instituto da progressão criminosa e os princípios da consunção e da especialidade, expressamente, em lei previstos, há que alterar o venerando acórdão para reconhecer, "in casu", apenas o crime hoje tipificado no artigo 158, § 3º, do Código Penal e, em consequência, respeitado o critério dos julgados, reduzir as penas totais do petionário a oito anos e sete dias de reclusão e dezessete dias-multa (bases aumentadas de um sexto, pelos maus antecedentes e por mais um quarto em razão da reincidência, critério bem adotado pela sentença e acórdão confirmatório). A recidiva e as desfavoráveis circunstâncias judiciais impõem o regime fechado."

(Revisão Criminal nº 0161563-28.2008.8.26.0000, rel. Des. FERNANDO MIRANDA, 4º Grupo de Direito Criminal, j. **28.07.2011**)

Exemplo: crime de falso (crime-meio) e estelionato (crime-fim). Nos termos da **Súmula 17** do STJ: “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

Importante: absorção exige exaurimento da potencialidade lesiva do crime-meio no crime fim.

Em regra, o crime menos grave (crime consunto) é absorvido por outro crime mais grave (crime consuntivo).

No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem que um crime mais grave (considerando a pena abstrata) seja absorvido por um crime menos grave.

Exemplo: crime de falsidade material de documento **público** (pena de 2 a 6 anos, art. 297 do CP³⁵) absorvido pelo crime de estelionato (pena de 1 a 5 anos art. 171 do CP³⁶).

É possível a absorção do crime-meio consumado pelo crime-fim tentado³⁷.

³⁵ **Falsificação de documento público**

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de **dois a seis anos**, e multa.

³⁶ **Estelionato**

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de **um a cinco anos**, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

³⁷ **HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. ESTELIONATO. CONSUNÇÃO. OCORRÊNCIA. ALEGADA NULIDADE DA AÇÃO PENAL, EM RAZÃO DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. TENTATIVA DE ESTELIONATO. LESÃO À AUTARQUIA FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. ART. 109, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

1. Os crimes previstos nos arts. 299 e 304 do Código Penal foram cometidos, conforme narra a denúncia, **com o fim exclusivo de se obter benefício previdenciário mediante fraude, nada havendo nos autos que sugira ter sido o documento utilizado para fins diversos.** 2. "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido." Enunciado da Súmula n.º 17 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de crimes em que a conduta do acusado é praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, sendo irrelevante a existência de efetivo prejuízo. 4. Ordem

É possível a absorção ainda que as normas em conflito tutelem bens jurídicos distintos (crime-meio tutela a fé pública e crime-fim tutela a ordem tributária ou o patrimônio público. Exemplo: própria Súmula 17 do STJ).

parcialmente concedida, tão-somente para excluir da denúncia a capitulação dos crimes dos arts. 299 e 304 do Código Penal.

(HC 200702899147, LAURITA VAZ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 28/10/2008)

Caso prático: decisão da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (processo nº 1.00.000.004147/2012-65 (IPL N. 0489/2010-5) pela manutenção do arquivamento do inquérito policial: “Trata-se de inquérito policial instaurado para apurar a prática do crime de estelionato previsto no art. 171- § 3º c/c art. 14-II, ambos do Código Penal, supostamente cometido contra o Instituto Nacional do Seguro Social- INSS, por FULANA DE TAL. A conduta teria consistido na tentativa de recebimento fraudulento de benefício assistencial de prestação continuada, mediante a declaração falsa de que não convivia com o seu cônjuge, BELTRANO. Em diligências, o INSS apurou que a beneficiária, na verdade, convivia com seu marido, o qual recebia daquela autarquia previdenciária aposentadoria no valor de R\$465,00, circunstância que impedia a concessão do benefício assistencial, razão pela qual o pedido de benefício foi-lhe indeferido. O Conselho de Recursos da Previdência Social julgou procedente o recurso da investigada, determinando o restabelecimento do benefício (fls. 114/117), ao fundamento de que foram preenchidos os requisitos para sua concessão. O Procurador da República requereu o arquivamento do inquérito, por entender que não houve “a tentativa de obtenção de vantagem ilícita pela beneficiária, circunstância elementar do delito previsto no artigo 171, §3º, do Código Penal, tipo penal ao qual os fatos investigados se subsume”. Com relação à falsidade da autenticação dos documentos apresentados pela beneficiária, fato que caracterizaria o crime de falsificação e uso de selo ou sinal público (CP, art. 296-II, §1º-I), o Procurador oficiante sustentou que “esse delito encontra-se absorvido pela tentativa do estelionato, nos termos da súmula nº 17 do STJ” (fls. 122/123). O Juiz Federal acolheu o pedido do *Parquet* com relação ao crime de estelionato. No entanto, considerou prematuro o arquivamento quanto ao suposto crime de falsificação de selo ou sinal público, ao fundamento de que este delito não teria sido absorvido pela suposta tentativa do crime de estelionato (fl. 125-v). Os autos vieram a esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal em observância do artigo 28 do Código de Processo Penal c/c o art. 62-IV da LC nº 75/93. (...) Sob este aspecto, cabe averiguar a existência de potencialidade lesiva que remanesceria do falso na situação em apreço. O contexto probatório constante dos autos **não denota qualquer indício de que a investigada faria uso do documento falsificado para outras finalidades**, situação que autoriza reconhecimento da absorção do falso pela suposta tentativa de estelionato. Portanto, **o falso se exauriu no estelionato, merecendo o feito, quanto à suposta falsidade, o mesmo desfecho conferido ao estelionato, qual seja, o arquivamento**. Ante o exposto, voto pela insistência no arquivamento. Remetam-se os autos ao Juízo de origem, para as providências cabíveis, cientificando-se o Procurador da República oficiante.

Exemplos relevantes de absorção (havendo relação de desdobramento na fase de execução, ou seja, nexos de dependência entre os delitos – crime-meio/crime-fim + exaurimento de potencialidade lesiva):

- porte ilegal de arma de fogo (art. 14 ou 16 da lei 10.826/03³⁸) com fim exclusivo de prática de roubo (causa de aumento absorve delito autônomo – art. 157, § 2º, I, do CP³⁹);

³⁸ **Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido**

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

- I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;
- II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;
- III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;
- IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;
- V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e
- VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

³⁹ **Roubo**

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma

- disparo de arma de fogo (art. 15 da lei 10.826/03⁴⁰) com fim exclusivo de prática de homicídio (art. 121 do CP⁴¹);

- porte ilegal de arma de fogo (art. 14 ou 16 da lei 10.826/03) com fim exclusivo de prática de tráfico (causa de aumento absorve delito autônomo – art. 40, IV, da lei 11.343/06⁴²);

⁴⁰ **Disparo de arma de fogo**

Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁴¹ **Homicídio simples**

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

⁴² Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, **emprego de arma de fogo**, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

STJ: HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. (...). 5. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO DELITO DE PORTE DE ARMA DE FOGO PELA APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO ART. 40, IV, DA LEI Nº 11.343/2006. (...). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...). 4. A absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando **o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita. Nesse caso, **trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas, exige-se o nexó finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico**. 5. A arma de fogo encontrada na cintura daquele que foi apontado como possuidor da droga localizada em um terreno baldio próximo ao acusado evidentemente se destinava ao apoio e ao sucesso da mercancia ilícita, sobretudo ante a inexistência de prova a apontar em sentido diverso; não sendo possível aferir a existência de desígnios autônomos entre as condutas. (...). 8. Habeas corpus não conhecido, concedido, contudo, de ofício, apenas para **reclassificar a conduta do paciente para a do art. 33, caput, c/c o art. 40, IV, ambos da Lei nº 11.343/2006, tendo por absorvida a figura autônoma contida na lei de armas**, fixando sua pena em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.**

(HC 201001505848, MARCO AURÉLIO BELLIZZE, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: **04/12/2012**)

Doutrina: Luiz Flávio Gomes (org.) (Lei de Drogas Comentada, 5ª edição, Revista dos Tribunais, 2013, p. 198): “Lembramos que o porte ilegal de arma de fogo pode ou não ficar absorvido pelo delito de tráfico, a depender das circunstâncias que envolvem o caso concreto. Assim, **se o agente porta a arma de fogo com a finalidade única e exclusiva de praticar o tráfico (meio para se atingir um fim)**, fica o art. 14 (ou 16) do Estatuto do Desarmamento absorvido. Situação diversa haverá se o porte está fora do contexto fático do tráfico, surgindo na hipótese, o concurso material de crimes (art. 69 do CP)”.

- Informativo 597 do STJ: “O crime de edificação proibida (art. 64 da Lei n. 9.605/1998⁴³) absorve o crime de destruição de vegetação (art. 48 da mesma lei⁴⁴) quando a conduta do agente se realiza com o único intento de construir em local não edificável”⁴⁵.

c.4) **Posfactum impunível**: pode ser considerado um exaurimento do crime principal praticado pelo agente e, portanto, por ele não pode ser punido.

Exemplo: agente furta um automóvel e depois o danifica não praticará dois crimes (furto + dano), mas somente o crime de furto, sendo a destruição fato posterior impunível.

A venda de coisa furtada pelo autor da subtração caracteriza estelionato quanto ao terceiro adquirente?

⁴³ Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

⁴⁴ Art. 48. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

⁴⁵ PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. ARTS. 48 E 64 DA LEI N. 9.605/98. CONSUNÇÃO. ABSORVIDO O CRIME MEIO DE DESTRUIR FLORESTA E O PÓS-FATO IMPUNÍVEL DE IMPEDIR SUA REGENERAÇÃO. CRIME ÚNICO DE CONSTRUIR EM LOCAL NÃO EDIFICÁVEL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Ocorre o conflito aparente de normas quando há a incidência de mais de uma norma repressiva numa única conduta delituosa, sendo que tais normas possuem entre si relação de hierarquia ou dependência, de forma que somente uma é aplicável.

2. **O crime de destruir floresta nativa e vegetação protetora de mangues dá-se como meio necessário da realização do único intento de construir casa ou outra edificação em solo não edificável, em razão do que incide a absorção do crime-meio de destruição de vegetação pelo crime-fim de edificação proibida.**

3. Dá-se tipo penal único de incidência final (art. 64 da Lei n. 9.605/98), já em tese crime uno, diferenciando-se do concurso formal, onde o crime em tese é duplo, mas ocasionalmente praticado por ação e desígnio únicos.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1639723/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 16/02/2017)

1ª Corrente (Francisco de Assis Toledo): sim, o agente empreendeu nova lesão autônoma contra vítima diferente, através de conduta não compreendida como consequência natural e necessária da primeira.

2ª Corrente (Heleno Cláudio Fragoso e Rogério Greco) não, os fatos posteriores significam um aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois do fato anterior. O furto muitas vezes é praticado com a finalidade de transformar o objeto furtado em dinheiro, não lhe interessando o uso da coisa subtraída, mas o valor que ela representa.

Crime progressivo	Progressão criminosa	Antefato impunível	Pós-fato impunível
O agente, para alcançar um resultado/crime, passa necessariamente por um crime menos grave, denominado crime de passagem . (para matar o agente, necessariamente, deve ofender a integridade corporal da vítima)	Há dois fatos e o agente primeiro quer o menor e depois decide praticar o maior (no âmbito de proteção do mesmo bem jurídico), substituição do dolo (o agente quer ferir. Depois de ofender a integridade corporal da vítima, decide matá-la)	São fatos anteriores, não obrigatórios , mas que estão na linha de desdobramento da ofensa mais grave , em uma relação de fatos meio para fatos fins (violação de domicílio para furtar)	O agente, depois de já ofender o bem jurídico, incrementa a lesão . Pode ser considerado um exaurimento do crime principal (danificar o produto do furto)

Observação: STF decidiu pela impossibilidade de crime (falsidade documental) ser absorvido por uma contravenção (exercício ilegal da profissão – HC 121.652, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje 04.06.2014, informativo 743)⁴⁶.

⁴⁶ Habeas corpus. Penal. Princípio da consunção. Alegação de que o crime de falso (art. 304 do CP) constitui meio de execução para a consumação da infração de exercício ilegal da profissão (art. 47 do DL nº 3.688/41). Não ocorrência. Impossibilidade de um tipo penal previsto no Código Penal ser absolvido

Importante: parecer do professor-doutor da Universidade de São Paulo, Pierpaolo Cruz Bottini, acerca da consunção entre corrupção passiva e lavagem de capitais (disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-25/parecer-joao-paulo-cunha-nao-condenado-lavagem>)

c) **Alternatividade**

Trata-se de princípio aplicável aos crimes e conteúdo múltiplo (ou variado), isto é, tipos penais que contam com vários verbos nucleares (art. 33 da Lei de Drogas, art. 12 do Estatuto do Desarmamento, art. 213 do CP – com redação dada pela Lei nº 12.015/ 2009). Nessas situações, se o agente realiza vários verbos, porém, no mesmo contexto fático e sucessivamente (por exemplo, depois de importar e preparar certa quantidade de droga, o agente *traz consigo* porções separadas para a venda a terceiros), por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo o juiz considerar a pluralidade de núcleos praticados na fixação da pena.

Rogério Sanches afirma que o princípio da alternatividade não resolve um conflito aparente de normas, mas conflito dentro da própria norma.

por uma infração tipificada na Lei de Contravenções Penais. Ordem denegada. 1. O princípio da consunção é aplicável quando um delito de alcance menos abrangente praticado pelo agente for meio necessário ou fase preparatória ou executória para a prática de um delito de alcance mais abrangente. 2. Com base nesse conceito, em regra geral, a consunção acaba por determinar que a conduta mais grave praticada pelo agente (crime-fim) absorve a conduta menos grave (crime-meio). 3. Na espécie, a aplicabilidade do princípio da consunção na forma pleiteada encontra óbice tanto no fato de o crime de uso de documento falso (art. 304 do CP) praticado pelo paciente **não ter sido meio necessário nem fase para consecução da infração de exercício ilegal da profissão** (art. 47 do DL nº 3.688/41) quanto na **impossibilidade de um crime tipificado no Código Penal ser absorvido por uma infração tipificada na Lei de a**