

**PRINCÍPIOS DA APLICABILIDADE DA LEI PENAL NO TEMPO:  
LEIS TEMPORÁRIAS E EXCEPCIONAIS.**

**PRINCIPLE OF APPLICABILITY OF CRIMINAL LAWS IN TIME:  
TEMPORARY AND EXCEPTIONAL LAWS.**

Paulo César Corrêa Borges<sup>1</sup>

Olívia Felipe Fogaça<sup>2,3</sup>

**RESUMO:** A Parte Geral do atual Código Penal brasileiro regula, em seu art. 3º, a aplicação das leis temporárias e excepcionais, determinando que, para tanto, se abra uma exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal. A partir de uma análise inicial puramente técnica, indaga-se sobre a recepção desta previsão pela atual Constituição Federal, posterior ao Código Penal. O presente artigo pretende, a partir de uma orientação voltada a um direito penal mínimo e garantista, sustentar que as leis temporárias e excepcionais não são uma afronta somente à Constituição Federal, mas sim uma afronta ao modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** lei penal; leis temporárias e excepcionais; princípio da irretroatividade; direito penal mínimo.

**SUMMARY:** The General Part of the current Brazilian Penal Code regulates in his art. 3, temporary and exceptional legislation, determining that, to make this situation technically appropriate, is makes an exception to the principle of non-retroactivity of criminal law. From a initial purely technical analysis, arises a questioning as to the reception of this prediction by Federal Constitution, that is subsequent to the Criminal Code. This article aims, from a minimum criminal law perspective and a guarantee orientation, expose the temporary and exceptional laws are not only an affront to the Constitution, but an affront to the model of the welfare state and democratic state of law.

---

<sup>1</sup> Professor Assistente-doutor de Direito Penal e Criminologia do Departamento de Direito Público da UNESP; é Coordenador do PPGDIREITO - Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP; é presidente do Conselho Editorial da Revista de Estudos Jurídicos UNESP (2010/2013); é membro do IBCCRIM, AIDP e MMPD; e é Promotor de Justiça do MPESP. Foi membro do CONDEP/SP, representando a UNESP; e do CEAC – Conselho Editorial Acadêmico da Fundação Editora UNESP (2008/2011). E-mail: pauloborges@franca.unesp.br

<sup>2</sup> Graduanda do 4º ano do Curso de Direito da UNESP – Universidade Estadual Paulista Júlia de Mesquita Filho – Campus de Franca. Bolsista pela CNPq. E-mail: fogacaolivia@gmail.com

<sup>3</sup> Artigo desenvolvido em co-autoria.

**KEY-WORDS:** criminal law; temporary and exceptional legislation; principle of non-retroactivity of criminal law; minimum criminal law.

## **1. Introdução**

O sistema político brasileiro adotado atualmente é de um Estado Social e Democrático de Direito, implicando na atuação de um Estado em favor dos interesses da sociedade, pautando-se, para tanto, em um corpo legislativo elaborado em acordo com a Constituição Federal. O atual Código Penal, no entanto, vige desde uma data anterior à atual Constituição Federal (CF/88), de modo que a recepção de seus artigos pela CF/88, muitas vezes, pode não acontecer. A permanência da aplicação de artigos não recepcionados pela CF/88 implica, naturalmente, em inconstitucionalidade flagrante.

A partir do estudo das leis temporárias e excepcionais, reguladas no art. 3º do Código Penal, e sua compatibilidade com as previsões constitucionais, surge a indagação acerca de sua recepção, conforme será demonstrado em momento oportuno. Em um segundo momento, fazendo uma remissão ao conteúdo de um Estado Social e Democrático de Direito, analisam-se as funções das leis temporárias e excepcionais com vistas a tal modelo de Estado, e, partindo de leituras críticas sobre criminologia e sociologia, constata-se que a situação das leis penais e temporárias vai muito além de uma mera irregularidade de hierarquia legislativa, sendo, isso sim, e em conjunto com todo um ordenamento penal orientado para tanto, uma afronta ao próprio modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

## **2. Lei penal no tempo**

O Direito Penal compreendido pela sociedade atual é um direito que sofre limitações de cunho humanístico, e, sendo assim, sua baliza mais importante é o princípio da legalidade. Prevista no art. 1º do atual Código Penal Brasileiro e no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988, a legalidade é uma garantia fundamental proveniente de um Estado Social e Democrático de Direito.

O art. 1º, CP, define: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”, bem como o art. 5º, XXXIX, CF, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O princípio da legalidade, nos textos legais, aparece desdobrado em dois princípios derivados, quais sejam o da anterioridade e o da reserva legal.

De acordo com o princípio da reserva legal, somente leis em sentido estrito, ou seja, emanadas pelo Poder Legislativo, podem definir crimes e penas. E, segundo o princípio da anterioridade, a lei penal somente atinge fatos posteriores ao início de sua vigência.

A aplicação destes princípios apresenta justificativas tanto lógicas como políticas; como se pode extrair dos ensinamentos de Hobbes, “se a pena supõe um fato considerado como transgressão à lei, o dano praticado antes de existir a lei que não o proibia, não é uma pena, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão à lei” (HOBBS, apud QUEIROZ, 2001, p. 71), de modo que a anterioridade revela-se como corolário lógico da reserva legal (QUEIROZ, 2001, p. 71).

Já, de acordo com Mir Puig, o princípio da legalidade é, além de uma concatenação lógica, “uma ‘garantia política’ de que o cidadão não poderá ser submetido, seja pelo Estado, seja pelos juízes, a penas não aprovadas pelo povo.” (MIR PUIG, 2007, p. 88).

Tais garantias, no entanto, nem sempre existiram. Conforme anteriormente mencionado, a legalidade é amparada pela CF/88 como uma garantia fundamental, isto é, uma ideologia desenvolvida somente no Iluminismo. A origem e contexto histórico dessas garantias serão mais bem abordados no próximo tópico.

## *2.1. Histórico*

Conforme aludido, o princípio da legalidade e seus derivados, anterioridade e reserva legal, são extremamente recentes, remetendo suas origens à ordem surgida após a Revolução Francesa, no Séc. XVIII. Anteriormente, o Direito Penal era regido pelas funções de retribuição e intimidação (PRADO, 2010, p. 80), desde a Antiguidade Romana até o que se conhece por Direito Penal Comum, surgido no Séc. XII como resultado da fusão dos direitos penais anteriores (PRADO, 2010, p. 85). Inclusive, ainda que já houvesse um histórico de leis escritas, é no Direito Penal Comum que sua importância como fonte de Direito toma relevância (PRADO, 2010, p. 86).

Apesar do avanço com as leis escritas, o Direito Penal Comum representava os regimes absolutistas, de modo que a legislação penal da época se caracterizava pela crueldade e pelo arbítrio judiciário, criando uma “atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror” (PRADO, 2010, p. 87), permanecendo o Direito Penal em absoluta desumanidade.

Como reação aos excessos do Absolutismo, surgiu um movimento humanitário, resultado da Revolução Francesa, e conhecido como Iluminismo. É somente a partir da ideologia liberal, orientada pelo humanismo, que se concebe a legalidade como “limite ao

poder punitivo do Estado, dotado de sentido de garantia para a liberdade do cidadão.” (MIR PUIG, 2007, p. 87). Surgem, então, os Estados de Direito.

Deve-se ressaltar que a legalidade pode ser encontrada como princípio tutelado por nações anteriores ao Século das Luzes, como a Magna Carta inglesa, de 1215, e a *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, mas sua conotação não é a mesma, visto que a primeira admitia o costume como fonte de Direito, e a segunda não proibia a analogia em desfavor do réu (MIR PUIG, 2007, p. 87).

Com efeito, a legalidade como proteção dos cidadãos contra o poder punitivo do Estado surge somente com o famoso aforismo elaborado por Feuerbach, qual seja, *nullum crimen, nulla poena sine lege* (MIR PUIG, 2007, p. 87).

No mesmo sentido, Beccaria, ao publicar a obra “Dos delitos e das penas” em 1764, é o primeiro a sistematizar o princípio da estrita legalidade dos crimes e das penas em três postulados fundamentais: “legalidade penal, estrita necessidade das incriminações e uma penologia utilitária.” (PRADO, 2010, p. 88). A partir desses pensamentos, Beccaria se torna o precursor da Escola Clássica, a qual considera “o Direito Penal não tanto em função do Estado, quanto em função do indivíduo, que deve ser garantido contra toda intervenção estatal não predisposta pela lei e, conseqüentemente, contra toda limitação arbitrária da liberdade” (PRADO, 2010, p. 89).

Desde a Escola Clássica até os dias atuais, a teoria do delito transformou-se intensamente, desenvolvendo novas ideias, até atingir o que se sustenta por Estado Social e Democrático de Direito, surgido, por excelência, em resposta à grande depressão, crise econômica iniciada nos Estados Unidos no ano de 1929 devido, entre outras razões, à política de não intervenção do Estado na economia, e que atingiu o mundo todo.

Um Estado que se diz de Direito, portanto, é aquele pautado pela legalidade, e que surge no Séc. XVIII, o Século das Luzes, como reação ao absolutismo da época; um Estado Social quer dizer que a intervenção política somente se justifica na medida em que tutela os interesses da sociedade como um todo; e a expressão “Estado Democrático” corresponde àquele Estado que se põe a serviço do cidadão (MIR PUIG, 2007, p. 86).

### 2.1.1. Brasil

Em âmbito nacional, o itinerário histórico corresponde ao percorrido mundialmente, como se é de esperar, apenas apresentando a defasagem temporal que é característica dos

países, por assim dizer, “subdesenvolvidos”, que seguem os modelos e referenciais dos países centrais.

A sociedade primitiva brasileira, isto é, a existente antes da chegada dos colonizadores portugueses no Séc. XVI, caracterizava-se pela vingança privada (PRADO, 2010, p. 122). Já, no período colonial, vigorou no Brasil a legislação portuguesa, incluindo, naturalmente, a legislação penal lusa. As primeiras duas décadas desde o descobrimento foram regidas pelas Ordenações Afonsinas, consideradas o primeiro código europeu completo. Em 1521, a legislação foi substituída pelas Ordenações Filipinas, tidas como uma cópia piorada das ordenações anteriores, considerados os erros gramaticais do texto legislativo (PRADO, 2010, p. 122 et. seq.).

O Código Criminal do Império surgiu em 1830, como o primeiro código autônomo não somente do Brasil, como de toda a América Latina (HUNGRIA apud PRADO, 2010, p. 125). Orientado pelas diretrizes da Carta Magna brasileira de 1824, foi o primeiro documento que imperou no Brasil protegendo direitos e interesses individuais, de acordo com as tendências liberais do Iluminismo. Inclusive, foi a primeira legislação a garantir a legalidade como um direito fundamental, visto que as ordenações, elaboradas em um contexto absolutista, não previam o princípio da legalidade (PRADO, 2010, p. 124-125).

Pode-se notar, então, que, tanto no Brasil como no mundo, o princípio da legalidade, como forma de garantir direitos individuais fundamentais, em especial a liberdade dos cidadãos, se concretizou na sociedade muito recentemente. Compreende-se, assim, que a legalidade não surgiu isoladamente, mas sim acompanhada de um rol de outros princípios, com o escopo de transformar o sistema jurídico da época. Ocorre que, quando da aplicação do princípio da legalidade e de seus derivados – anterioridade e reserva legal, surgem conflitos de ordem temporal. Esses conflitos e as soluções adotadas serão estudados a seguir.

## *2.2. Conflitos da lei penal no tempo*

A aplicação da lei penal no tempo sofre alguns conflitos, no que tange à incidência da legislação em situações de revogação de leis. Em um caso como este, surge a indagação acerca de qual legislação deve ser aplicada em crimes que foram cometidos sob a vigência de uma legislação e passam a ser julgados sob a vigência de outra. A solução encontrada pelo CP, em seu art. 1º, e em acordo com a CF/88, em seu art. 5º, XL, é a aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal, que consiste na não incidência de uma lei a fatos anteriores à sua vigência.

O princípio da irretroatividade, ainda, vem acompanhado do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, que se justifica, conforme leciona QUEIROZ (2001, p. 72), pelo caráter garantista do Estado em não cometer excessos no exercício do poder punitivo, além de permitir o alcance dos objetivos da pena, quais sejam, advertir e prevenir. No mesmo sentido, defende PRADO (2010, p. 197) que a incidência de uma lei mais severa a um caso anterior à sua vigência é vedada por razão de ordem político –criminal, visto que, em tal caso, inexistente o requisito da culpabilidade para a constituição do delito.

A conjugação dos princípios da irretroatividade da lei penal e da retroatividade da lei penal mais benéfica, de acordo com ANÍBAL BRUNO (1984, p. 261), muito além de regular um conflito de ordem lógica, oferece garantia e estabilidade da ordem jurídica, dando ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos do indivíduo.

### *2.3. Leis temporárias e excepcionais*

As leis temporárias e excepcionais são leis que apresentam um término de vigência no próprio corpo do texto legislativo, pois são editadas a fim de regulamentar situações passageiras. A distinção entre a lei temporária e a lei excepcional consiste em que a primeira apresenta uma data fixa no calendário para o fim de sua vigência, ao passo que a última determina uma situação em que deve parar de vigor, como, por exemplo, o término da situação que causou sua edição.

PRADO explica que a lei temporária exige duas condicionantes: uma situação transitória de emergência e o termo de vigência (2010, p. 199). Complementando, QUEIROZ, ao citar MARQUES, ensina que, nas leis temporárias e excepcionais, “o tempo integra a estrutura da norma, ou como condição de maior punibilidade [...]” (2001, p. 77).

A implicação dessas leis é a não incidência do princípio da irretroatividade da lei penal e da retroatividade da lei penal mais benéfica, visto que tais leis ainda são aplicadas a fatos cometidos durante sua vigência, ainda que tais fatos sejam julgados em momento posterior ao término da vigência. QUEIROZ descreve o evidente fundamento da ultratividade dessas leis: “se tais normas, ao final de sua duração, perdessem, sem mais, o seu poder coercitivo quanto aos fatos consumados durante a sua vigência, simplesmente ninguém as respeitaria, seriam de todo inúteis [...]” (2001, p. 77). JOPERT classifica tal fundamento como de ordem lógica (2006, p. 57); e, no mesmo sentido, JUNQUEIRA explica que a não ultratividade dessas leis as esvaziaria de qualquer eficácia preventiva (2005, p. 41).

### 3. Legislação

O artigo do CP que regula as leis temporárias é o art. 3º, que diz: “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.” Atente-se para o fato de que a redação do texto apresenta-se confusa, visto que “decorrido o período de sua duração”, que vem em primeiro lugar, refere-se à lei temporária, que está em segundo lugar, e “cessadas as circunstâncias que a determinaram”, que vem ao final, é referente à lei excepcional, que se localiza no início do texto legislativo.

Deixadas as irregularidades técnicas à parte, o art. 3º dispõe sobre uma exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal combinado com o da retroatividade da lei penal mais benéfica, contido no art. 2º e parágrafo único, que preveem: “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”.

Da análise da CF/88 acerca do tema, encontra-se o art. 5º, XL, que prevê: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Esta disposição é a única existente na Magna Carta, e incisivamente não admite qualquer exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal e da retroatividade da lei penal mais benéfica.

#### 3.1. Posição doutrinária

Expondo o pensamento majoritário da doutrina, FRAGOSO (1993, p. 102) é incisivo ao afirmar que a lei mais severa em nenhum caso retroage. Mais adiante, todavia, aponta a única exceção a tal regra, que é constituída pelas leis temporárias e excepcionais (FRAGOSO, 1993, p. 104). Em sentido diverso, TOLEDO define que “a eficácia da lei penal no tempo subordina-se a uma regra geral e a várias exceções [...]” (2010, p. 30). Ocorre que tais afirmações não procedem, visto que a regulamentação da lei penal no tempo feita pela CF/88 não admite exceções, implicando na não recepção do art. 3º do CP.

Com efeito, ZAFFARONI defende que a disposição legal contida no art. 3º do CP, “posto que constitui exceção à irretroatividade legal que consagra a Constituição Federal (‘salvo para beneficiar o réu’) e não admite exceções, ou seja, possui caráter absoluto” (2005, p. 200). Em sentido contrário, aponta JESUS que “o problema deve ser colocado sob o prisma

da tipicidade e não do direito intertemporal”, dado que a referência temporal é elementar da lei excepcional ou temporária, sendo, assim, pura técnica legislativa. E finaliza: “Compreendido o problema como sendo de tipicidade e não de direito intertemporal, conclui-se não ser inconstitucional o art. 3º do CP.” (2006, p. 96 – 100). Tal argumento, todavia, não prossegue, dado que uma simples verificação da posição do art. 3º perante o art. 2º e o art. 4º revela que a questão é de direito intertemporal: sobre o art. 2º, segue a nomenclatura “lei penal no tempo”; sobre o art. 3º, “lei excepcional ou temporária”, e sobre o art. 4º, “tempo do crime”. Em se tratando de questões temporais nos artigos antecedente e subsequente ao art. 3º, dada a descrição dos mesmos, por razões puramente lógicas compreende-se que o artigo intermediário trata também de assunto intertemporal.

Doutrinariamente, a opinião majoritária sobre a justificativa da exceção feita no art. 3º resume-se à eficácia que se perderia caso não houvesse a exceção, conforme aludido anteriormente (QUEIROZ, 2001, p. 77; JUNQUEIRA, 2005, p. 41). Essa justificativa, entretanto, é demasiado atentatória à proteção das liberdades individuais perante o Estado, pois, basta a alegação de perda de eficácia para se contornar previsão constitucional e para o atingimento de qualquer pretensão punitiva do Estado, e portanto, garantia de eficácia, neste caso, não pode ser aceita em detrimento de preceitos constitucionais.

Argumenta-se, ainda, que o caso não seria de revogação de uma norma por outra, situação que pede a aplicação do princípio previsto no art. 5º, XL, CF/88, visto que “a lei posterior não tem o condão de revogá-las [leis temporárias e excepcionais]; o que na verdade ocorre é uma autorrevogação” (PRADO, 2010, p. 199). Tal inferência é igualmente improcedente, dado que a leitura do art. 2º, parágrafo único, CP, e do art. 5º, XL, CF/88 permite entender que qualquer lei posterior que favoreça o indivíduo deve ser aplicada, ainda que tal lei não tenha tido o condão de revogar a lei temporária ou excepcional, de modo que o fato de tais leis se autorrevogarem não exclui a incidência da retroatividade da lei mais favorável.

Há quem defenda, também, que “a Constituição determina a retroatividade da lei posterior mais benéfica apenas quando as duas leis em conflito tratarem do *mesmo fato*”, e “as leis temporárias ou excepcionais não tratam do mesmo fato regulado pela lei do *período de normalidade*, que entra em vigor após a auto-revogação das primeiras. Isso porque a lei excepcional ou temporária trata de hipóteses ocorridas em especiais períodos de tempo” (JOPPERT, 2006, p. 58). A improcedência do exposto é flagrante, pois em momento algum a Constituição Federal exige que as leis em conflito tratem do mesmo fato, limitando-se a impor que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Ademais, o fato de as leis

temporárias ou excepcionais tratem de hipóteses especiais não implica que o fato a ser regulado é diferente daquele em situação de normalidade.

Partindo do pressuposto de que a exceção contida no art. 3º, CP é de flagrante inconstitucionalidade, deduz-se que as leis temporárias e excepcionais devem incidir somente nas hipóteses de julgamento anterior à autorrevogação. Tal entendimento implica em evidente injustiça, dado que os delitos julgados até a autorrevogação levam à punição do agente, enquanto aqueles julgados em momento posterior levam à absolvição do indivíduo. O escopo a seguir, portanto, é desconstruir o instituto das leis temporárias e excepcionais através da análise dos motivos políticos de sua existência.

#### **4. Leis temporárias e excepcionais à luz do direito penal mínimo**

##### *4.1. O sistema penal é um sistema político*

De acordo com ROBERTI, a análise dos princípios penais contidos na Constituição Federal permite entender que a orientação a ser adotada é de um sistema repressivo reduzido, atuando apenas como garantidor dos direitos de cada cidadão. “Dessa maneira, o Direito Penal deve estar presente nos conflitos sociais, apenas quando for estritamente necessário e imprescindível, não além; impõe-se, assim, prévia comprovação de que existem outras alternativas que não a criminalização.” (2001, p. 61-62). Um princípio constitucional penal que pode ser mencionado é o da subsidiariedade, delimitado por MIR PUIG da seguinte maneira: “O Direito penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais.” (2007, p. 93).

Ocorre que, a partir da leitura da obra de Zaffaroni intitulada “Em busca das penas perdidas”, em resposta a Look Hulsman e sua obra “Das penas perdidas, percebe-se que o sistema penal atual sofre uma crise de deslegitimação. Basta uma breve e superficial análise da execução da pena privativa de liberdade para se constatar que a mesma não apresenta as condições necessárias para ressocializar o condenado, descumprindo uma função primordial da pena. Paralelamente, a tendência mundial relatada por ROBERTI em se buscar a punição em meios outros que as penas privativas de liberdade demonstra que “o excesso de intervenção penal, a falta de critérios e o uso abusivo da pena deixam um vácuo na sociedade, em face do esvaziamento da força intimidadora da pena.” (2001, p. 62).

MIR PUIG complementa: “Se o Direito penal de um Estado social só se legitima na medida em que protege a sociedade, perderá sua justificação caso sua intervenção demonstre-se inútil por ser incapaz de evitar delitos.” (2007, p. 92), de modo que, através de uma simples coerência lógica do que deva ser um Estado social, a partir de um estudo puramente teórico, também é possível sustentar a deslegitimidade que enfrenta o atual sistema penal.

A falta de legitimidade não se limita à sua relação com os presidiários, alcançando todo o sistema repressivo do Estado, atingindo o próprio órgão legislativo e judiciário. ROBERTI destaca a expressiva influência exercida pela mídia, através da divulgação da impunidade, a fim de gerar um clamor social por justiça: em resposta a este clamor, o poder legislativo “sem atacar as verdadeiras causas da violência e da criminalidade, edita uma nova lei a todo e qualquer fato socialmente significativo e com caráter negativo” (2001, p. 109-110). ZAFFARONI destaca que a inflação progressiva e constante das tipificações somente colabora para aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos, com consequente aumento do poder controlador dos mesmos (1991, p. 27).

Este arbítrio seletivo consiste, conforme o autor explica, no fato de os órgãos executivos operarem somente contra quem desejam, visto que a disparidade entre as tipicidades existentes e a capacidade fática de se punir todos os delitos cometidos é abissal. Tal situação se apresenta como uma “falsidade da legalidade processual” (ZAFFARONI, 1991, p. 26-27).

Essa falsidade é bem explorada pela teoria do etiquetamento, ou *labeling approach*, trabalhada na obra de Alessandro Baratta intitulada “Criminologia crítica e crítica do direito penal”. QUEIROZ, de forma sucinta, define a teoria: “sob a etiqueta de ‘delito’, agrupa-se toda uma série de comportamentos que nada têm em comum, exceto quanto ao fato de estarem criminalizados. Significa, ainda, que o crime não é um objeto do sistema penal, senão resultado mesmo do seu funcionamento.” (2001, p. 61). Os comportamentos eleitos para serem criminalizados são aqueles praticados, em sua maioria, por indivíduos das classes sociais mais baixas. Tal afirmação é facilmente comprovada pela leitura dos tipos penais elencados no Código Penal: o bem jurídico objeto da tutela estatal mais protegido é a propriedade, bem detido pelas classes sociais mais favorecidas em detrimento das necessitadas. O próprio cárcere retrata esta opção do aparelho repressor, bastando verificar o perfil dos presos.

Admitindo, então, que o sistema repressivo brasileiro sofre na atualidade uma crise de deslegitimação, e considerando, ainda, a teoria do etiquetamento, conclui-se, bem como fez ZAFFARONI, que a agência judicial é política (1991, p. 207), incluindo-se, naturalmente, a

agência judicial penal e o sistema penal como um todo. “Porque não há exercício de poder estatal que não seja político: ou é político ou não é poder.” (ZAFFARONI, 1991, p. 207). Em consonância, porém sob uma ótica mais voltada às agências criminais, BARATTA aponta: “o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detido por um grupo específico de funcionários que [...] exprimem certos estratos sociais e determinadas constelações de interesses.” (2002, p. 111). Este grupo de funcionários, destaca o autor mais adiante, é um grupo que tem o poder de influir sobre os processos de criminalização, de modo que a criminalidade passa a ser compreendida como uma realidade social forjada, ou seja, tem sempre natureza política (BARATTA, 2002, p. 119).

A admissão, portanto, do sistema repressivo do Estado como um ente político traz três implicações diretas: primeiramente, que esse sistema, nele incluindo o órgão legislativo, o judiciário, bem como as agências executórias e até mesmo a mídia, atua em função de um interesse parcial, ou seja, de um interesse tendencioso, político. A segunda implicação, decorrente da primeira, consiste em que a elaboração dos textos normativos penais é feita visando atender o interesse político existente. Em terceiro lugar, estabelece-se, através de uma simples verificação histórica, que o interesse político que move o sistema penal não se altera, ainda que se alterem os partidos políticos, e busca, através do sistema repressivo do Estado, manter o *status quo* vigente, e que esse interesse político consiste na proteção do sistema econômico capitalista.

A inserção do elemento econômico é descrita por ROBERTI: “Em busca de um ‘culpado’, pela presença em nossa sociedade da crescente violência individual, começa-se a explorar a existência da pobreza que, à primeira vista, nos parece ser conseqüência inevitável de uma certa ‘ordem natural’ que comanda as relações entre os homens.” (2001, p. 110). Evidentemente, a exploração da pobreza como causa da violência não é feita por acaso, e a existência dela não provém de uma ordem “natural”, mas sim forjada, e ambas essas situações são o escopo final do interesse político do Estado.

Desse modo, infere-se que os institutos penais existentes estão a serviço de um interesse político, e, dentre tais institutos, as figuras das leis penais temporárias e excepcionais.

#### 4.2. *Leis penais temporárias e excepcionais*

As leis temporárias e excepcionais surgiram no ordenamento jurídico brasileiro com a edição do Código Penal de 1940, ainda em vigor. O período em que foi elaborado o referido

código remete à implantação do Estado Novo por Getúlio Vargas, em que foi adotado um regime ditatorial e, portanto, antidemocrático. Inclusive, foi sob esse regime que foi outorgada a Constituição Federal de 1937, a única na história do Brasil, até o presente momento, que não previu em seu texto o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, de modo a permitir a ultra-atividade das leis temporárias ou excepcionais. (BORGES, 2005, p. 128-130).

Durante a vigência da Constituição Federal de 1937, o instituto das leis penais excepcionais e temporárias, e sua qualidade de ultra-atividade, apresentava-se, no plano lógico-formal, como constitucional. No entanto, a partir da aprovação da Constituição Federal de 1946, ocasião em que a retroatividade da lei penal mais benigna foi restabelecida em seu art. 141, parágrafo 29<sup>4</sup>, juntamente com o regime político democrático (BORGES, 2005, p. 130), aquele instituto não foi recepcionado e sua aplicação subsequente passou à inconstitucionalidade, permanecendo irregular até os dias atuais<sup>5</sup>.

Ressalta-se aqui que a hipótese de simples impedimento da ultra-atividade dessas leis, mas a perpetuação dessa modalidade, incidindo somente naqueles casos julgados durante sua vigência, é igualmente inaceitável, visto que, em concordância com a maioria doutrinária, tal norma seria injusta (JOPPERT, 2006, p. 57), ao punir somente parcela dos infratores, e também perderia sua eficácia (JUNQUEIRA, 2005, p. 41).

A partir de uma análise para além da inconstitucionalidade do art. 3º do atual Código Penal<sup>6</sup>, e retomando o contexto histórico-político da outorga da Constituição Federal de 1937 e da elaboração do Código Penal de 1940, extrai-se a verdadeira razão de ser das leis temporárias e excepcionais: estas leis sempre irão prever uma situação legal mais severa do que a anterior, sempre irão criar tipos penais para ocasiões que se pretendem de urgência e fora da normalidade, para regular a atuação dos membros da sociedade de acordo com os interesses políticos do Estado. Uma norma que possa enrijecer o ordenamento jurídico penal de forma rápida e aos moldes dos interesses dos detentores de poder revela-se extremamente conveniente, mas tal possibilidade somente pode ser admissível em um regime político totalitário, como aquele vigente à época de sua criação. Uma vez restabelecida a democracia, este instrumento deveria ter sido aniquilado do sistema penal, dada sua flagrante arbitrariedade.

---

<sup>4</sup> CF/46, art. 141, parágrafo 29: A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu.

<sup>5</sup> CF/88, art. 5º, XL: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

<sup>6</sup> Art. 3º, 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.

Inclusive, a título de enfatizar o caráter antidemocrático com que a ferramenta das leis temporárias e excepcionais atuou na história brasileira, destaca-se o Ato Institucional n. 1, instaurado em 1964, primeiro ano de um novo regime ditatorial, uma norma temporária que suprimiu direitos básicos dos cidadãos. Ainda que o Ato Institucional não tenha sido uma lei temporária, apresenta a mesma linha funcional que as leis temporárias e excepcionais penais, e, segundo BORGES, é suficiente para demonstrar “a natureza ditatorial ou antidemocrática das referidas leis temporárias, que afrontam a estabilidade das relações jurídicas e são circunstanciais.” (2005, p. 131).

O caráter antidemocrático das leis temporárias e excepcionais pode ser detectado, ainda, através da observância de outros institutos, que estabelecem uma harmonia entre si para atender a finalidade política almejada. Como exemplo, é possível citar a tentativa de contornar a vedação constitucional de penas perpétuas com a instauração das medidas de segurança, medidas aplicadas àqueles infratores incapazes, e que não apresenta limite temporal de sua incidência. Regulamentada de maneira elaborada pela primeira vez no Código Penal de 1940, as medidas de segurança passaram a desenvolver a função de “neutralização dos ‘indesejáveis’, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 194).

Finalmente, o fato de o atual Código Penal ter sido fruto de um decreto-lei, ou seja, de elaboração do próprio presidente da República, dada a previsão feita pela ditatorial Constituição Federal de 1937 (BORGES, 2005, p. 129), demonstra a tendência antidemocrática de todo o conteúdo do referido código.

#### *4.3. Proposta a partir da ótica do direito penal mínimo*

Através dos aportes teóricos da obra de Alessandro BARATTA (2002), intitulada “Criminologia crítica e crítica do direito penal”, tem-se um embasado panorama das principais correntes criminológicas ao longo da história, culminando em uma criminologia crítica, a qual busca as razões da criminalização construída pelos órgãos penais ao invés de buscar as razões da criminalidade existente, aos moldes da criminologia clássica.

O autor estabelece três proposições básicas de onde se deve partir para se compreender o sistema penal e para poder interferir nele: primeiramente, deve-se admitir que, a despeito do que se encontra positivado, o direito penal não defende somente os bens jurídicos essenciais de interesse social, e, se o faz, faz de maneira desigual perante cada cidadão. A segunda proposição estabelecida como ponto de partida de uma criminologia

crítica é a admissão de que o direito penal, contrariamente ao postulado na Magna Carta, não é igual para todos, de maneira que a condição de criminoso é atribuída de forma desigual e não aleatória ao longo da sociedade. Por fim, a terceira proposição estabelece que o grau de punição exercido sobre os crimes efetivamente averiguados não corresponde ao grau de danosidade social, mas sim de danosidade àqueles bens de interesse das classes detentoras do poder político (BARATTA, 2002, p. 162).

Admitindo a crise de legitimidade do sistema penal, como exposto no item 4.1., observa-se um ordenamento jurídico penal inchado, em que ocorre o “fenômeno da hipercriminalização”. Este fenômeno acaba por atingir uma tipificação excessiva dos atos praticados pelos cidadãos, tendo como consequência a perda da generalidade, da impessoalidade e da abstração (ROBERTI, 2001, p. 120-121), ou seja, a especificidade dos tipos penais é tamanha que impede sejam eles dirigidos a toda a sociedade, acabando por se canalizar a determinados setores sociais, isto é, aos setores de baixa renda.

Uma solução proposta é a do direito penal mínimo, isto é, a retração do direito penal para a diminuição da criminalidade (ROBERTI, 2001, p. 138). Pode parecer, em um primeiro momento, que tal aferição é lógica, afinal, uma vez desconstituindo tipos penais, ainda que tais atos continuem sendo cometidos, eles deixam de ser considerados como delitos. Ocorre que a retração do direito penal vai além, implica na reflexão sobre os tipos penais existentes, questionando o real valor dos bens jurídicos tutelados por aqueles tipos para o interesse social, e verificando a desnecessidade da tutela das chamadas “bagatelas criminais”. Implica, ainda, na não inserção do infrator na prisão carcerária, evitando, com isso, em grande medida, a reincidência, e, através de penas alternativas, ou até mesmo de sanções de âmbito administrativo, possibilitando uma verdadeira reinserção social do indivíduo.

Tendo a proposta de um direito penal mínimo em mente, faz-se a análise do instituto das leis penais temporárias e excepcionais. Admitindo que estas sejam criadas para regulamentar uma situação de emergência passageira e anormal, é imprescindível o questionamento acerca da necessidade de se fazer tal regulamentação por meio do direito penal, e não por meio do direito administrativo, por exemplo. Ao se aceitar que essa adequação legislativa seja feita por meio do direito penal, abre-se uma brecha para a arbitrariedade do poder punitivo do Estado, sendo assim uma afronta à própria democracia. Frear as possibilidades que ensejam as leis penais temporárias e excepcionais é um início rumo à superação da crise de legitimidade por que passa o sistema penal brasileiro, e a eliminação dessa modalidade de leis do ordenamento jurídico brasileiro promete somente a

aproximação da realidade aos postulados constitucionais, como a democracia, a igualdade material dos cidadãos perante a lei, a subsidiariedade do direito penal, dentre muitos outros.

## 5. Conclusão

O estudo das leis penais temporárias e excepcionais e sua aplicação, regulada no art. 3º do Código Penal, fez emergir a discussão acerca de sua constitucionalidade. Em esfera doutrinária, constatou-se a manifestação de opiniões no sentido de admitir sua constitucionalidade, a despeito de argumentos minoritários. A dedicação dos autores ao assunto era mínima e sem qualquer aprofundamento no assunto, de modo a transmitir a ideia de que, ainda que houvesse pequenas divergências, o assunto era pacífico. A apatia política perante o objeto ora estudado, ao invés de emitir aceitação, gerou desconforto. Uma averiguação mais detalhada das origens das leis temporárias e excepcionais revelou um dado importante: elas surgiram em meio a um regime ditatorial. A reunião dessa informação com leituras críticas de criminologia e sociologia fez despertar a indagação a respeito da verdadeira função que tais leis exercem no sistema penal brasileiro, de modo que a indiferença dos doutrinadores diante do tema simplesmente reiterava o desejo de manutenção da ordem como ela está, ou seja, de uma criminalidade imensurável, os órgãos carcerários compostos quase exclusivamente por membros das classes econômicas mais baixas, garantindo o afastamento desses indesejáveis. As leis temporárias e excepcionais eventualmente criadas, invariavelmente não de ser destinadas a proteger bens jurídicos como a propriedade privada, atendendo somente os interesses dos detentores de poder.

As leis previstas no art. 3º do Código Penal, mais do que serem uma afronta à Constituição Federal, são uma afronta à democracia e aos limites do *jus puniendi* do Estado, e, portanto, devem ser eliminadas do ordenamento jurídico penal brasileiro, como um passo em direção à retração do direito penal, com vistas a concretizar os verdadeiros valores de igualdade, democracia e interesse social.

## Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BAUMAN, Zigmunt. **A sociedade sitiada**. Trad. Bárbara Pinto Coelho. Lisboa: Instituto Piaget, 2010.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito Penal Democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral: tomo 1º**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral (edição universitária)**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal. vol.1: parte geral**. 29. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

JOPPERT, Alexandre Couto. **Fundamentos de direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Prima Cursos Preparatórios, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. 15ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Volume 1 – Parte Geral**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2006.