

Cezar Bitencourt: Irretroatividade da lei penal mais grave

10/03/2022

Aplica-se o *princípio da continuidade normativo típica* quando uma lei é revogada, mas a conduta nela incriminada é mantida em outro dispositivo legal da lei revogadora, não ocorrendo, via de regra, a conhecida figura da *abolitio criminis*, a qual extingue, simplesmente, o crime anterior. Em outros termos, o *princípio da continuidade normativo típica* significa a manutenção do caráter proibido da conduta, contudo, com o deslocamento do conteúdo criminoso para outro tipo penal. A vontade do legislador é que a referida conduta permaneça criminalizada, por isso, não configura a *abolitio criminis*. Em sentido semelhante é o entendimento de Rogério Sanches Cunha que, com muita propriedade, distingue ambos os institutos: "A *abolitio criminis* representa supressão formal e material da figura criminosa, expressando o desejo do legislador em não considerar determinada conduta como criminosa. É o que aconteceu com o crime de sedução, revogado, formal e materialmente, pela Lei nº 11.106/2005". E prossegue Sanches Cunha: "O *princípio da continuidade normativo-típica*, por sua vez, significa a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento do conteúdo criminoso para outro tipo penal. A intenção do legislador, nesse caso, é que a conduta permaneça criminosa" [1].



Nessa mesma linha, tem decidido o Supremo Tribunal

Federal, aplicando, nesta hipótese, corretamente o princípio da "continuidade normativa típica":

"*Abolitio Criminis. Inocorrência. Princípio da continuidade normativo-típica. Precedentes. (...)*
1. A jurisprudência desta Suprema Corte alinhou-se no sentido de que, nos moldes do princípio da continuidade normativo-típica, o artigo 3º da Lei nº 9.983/2000 apenas transmudou a base legal de imputação do crime de apropriação indébita previdenciária para o Código Penal (artigo 168-A), não tendo havido alteração na descrição da conduta anteriormente incriminada na Lei nº 8.212/90. (...)" (STF. AI 804466 AgR / SP. Rel. ministro Dias Toffoli. 1ª T. Julg. 13/12/2011). E ainda: "A revogação da lei penal não implica, necessariamente, descriminalização de condutas. Necessária se faz a observância ao princípio da continuidade normativo-típica, a impor a



manutenção de condenações dos que infringiram tipos penais da lei revogada quando há, como in casu, correspondência na lei revogadora" (STF. HC 106155 / RJ. rel. p. ac. ministro Luiz Fux. 1ª T. Julg. 4/10/2011).

Nas duas hipóteses mencionadas no acórdão do STF, a decisão é impecável. No denominado *princípio da continuidade normativo típica* ocorre a manutenção do *caráter proibido da tipificação anterior*, apenas com o *deslocamento formal* do conteúdo criminoso para outro tipo penal contido em uma *lei posterior revogadora*, tácita ou expressamente, da tipificação anterior. O objetivo do legislador, nesse caso, não é excluir referida tipificação do ordenamento jurídico, mas aperfeiçoá-la, atualizá-la ou, inclusive, ampliar ou diminuir a sua abrangência, sem desnaturá-la, mantendo a sua natureza proibitória. Contudo, quando visa ampliar sua abrangência ou agravar a sanção imposta, a nosso juízo, não é aplicável o princípio da continuidade normativa típica. Em outros termos, o legislador deseja que a conduta anterior *permaneça proibida (criminosa)*, ainda que em outro dispositivo legal, mesmo com alguma alteração material ou formal, desde que não a desfigure e não agrave o crime anterior. Mas essa transmutação não se confunde com *abolitio criminis*, pois esta apenas revoga a anterior, excluindo-a do ordenamento jurídico.

Por outro lado, a *continuidade normativa típica* só pode ocorrer *com lei posterior revogadora da anterior*, ainda que parcialmente, mas que mantém a tipificação da mesma conduta, inclusive com novas elementares constitutivas do tipo penal em outro dispositivo legal. Dito de outra forma, não pode haver hiato nenhum entre uma lei e outra (revogada e revogadora), ainda que seja de apenas um dia, porque, nessa hipótese, *entraria em vigor a revogação da lei anterior*, sendo inaplicável a lei nova a fatos anteriores à sua vigência, mesmo que entre em vigor apenas um dia pós haver cessado a vigência da anterior, porque isso implicaria na *retroatividade de lei penal incriminadora* para alcançar fato anterior à sua vigência.

Assim, na admissibilidade do denominado *princípio da continuidade normativo típica* não há supressão do conteúdo penal de uma norma criminalizadora, isto é, da conduta tipificada em determinado tipo penal, e, por consequência, não se configura a *abolitio criminis*. O que ocorre, segundo essa "teoria", a rigor, é uma *migração do conteúdo da norma penal* para um novo tipo penal, mantendo-se, contudo, a *criminalização* da mesma conduta. Haveria, segundo o entendimento doutrinário-jurisprudencial dominante, apenas a *revogação formal do artigo*, permanecendo, porém, a *proibição penal* do mesmo fato típico, apenas em outro dispositivo legal acrescentado pela lei revogadora.

Contudo, na nossa ótica, essa questão não é assim tão simples, e não se aplica a todos os casos, como boa parte da doutrina e da própria jurisprudência dos tribunais pretendem fazer crer. Admitimos essa *continuidade normativa típica*, somente em tese, na medida em que as condutas novas que, digamos, substituem a conduta revogada, podem acrescentar novas elementares tipificadoras mais graves ou aumentar a sua punição e, assim, agravam a tipificação normativa anterior, esbarrando na *irretroatividade da lei penal mais grave*. Imagine-se, por exemplo, uma nova lei que redefina o crime de *sequestro e cárcere privado* (artigo 148 do CP), revogando o conteúdo desse artigo, e inclua, em sua nova constituição típica, elementares como, "com o emprego de arma" ou "mediante violência grave". Certamente, a inclusão de elementares típicas que agravem a conduta anterior ou mesmo que ampliem a sua punição, impede, por si

só, que se adote o denominado *princípio da continuidade normativo típica*, ante a *irretroatividade do direito penal* (inciso, XL do artigo 5º da CF). A rigor, trata-se de *outra infração penal*, ainda que mantenha o mesmo *nomen iuris* e estrutura semelhante, mas a inclusão de outras elementares mais graves e com majoração de pena, desnaturam a infração anterior, não se podendo falar em *continuidade normativa típica*. Mas (No entanto,) ainda que se possa sustentar que há continuidade normativa típica, *ad argumentandum tantum*, ela não pode retroagir, posto que a inclusão de novas elementares constitutivas e da sua majoração penal demonstram a inexistência da propalada continuidade normativa, além de sua irretroatividade.

Esses aspectos *demandam uma reflexão teórica* mais acurada, pois não se apresenta como um dogma inquestionável em um Estado Democrático de Direito, ao contrário do que parece ser o entendimento pacífico da maioria doutrinário-jurisprudencial, especialmente, porque, qualquer das duas circunstâncias — novas elementares típicas e/ou elevação da pena cominada —, agravam a situação anterior e, ambas, ou qualquer delas, não podem retroagir por vedação legal e constitucional. E, convenhamos, tanto a inclusão de novas elementares típicas, como a elevação da pena anteriormente prevista *não podem ter efeito retroativo*, como já demonstrado. E, nessas condições, a denominada *continuidade normativa típica* é absolutamente inaplicável, porque de *continuidade* não se trata, pois não há que se falar em *continuidade* do que não existia, *in caso*, de pena mais elevada e de elementar constitutiva do tipo inexistente na lei anterior.

Essa maior gravidade e maior punição são intoleráveis, não podendo retroagir para alcançar fatos passados, inclusive por expressa vedação constitucional. Em outros termos, a denominada *continuidade normativa típica* recomenda, no plano teórico, maior reflexão, e, no plano prático, impede que se faça tábula rasa sobre essa questão, pelo contrário, como veremos adiante, o cotejamento deverá ser feito, criteriosamente, caso a caso. Uma coisa, contudo, é absolutamente certa: *lei penal mais grave jamais poderá retroagir* para atingir fatos anteriores à sua vigência, sem qualquer exceção, haja ou não a discutível continuidade típica (vide art. 1º do CP e inciso XXXIX e XL do artigo 5º da CF).

No âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça também andou adotando o princípio da *continuidade normativo típica*, embora nem sempre com o acerto técnico-jurídico desejável, como veremos adiante. Referimo-nos, especialmente a uma decisão relativa ao crime de *atentado violento ao pudor* que era previsto no artigo 214 do Código Penal, com cominação de pena de dois a sete anos de reclusão, o qual foi expressamente revogado pela Lei 12.015/2009. A redefinição operada por essa lei deslocou a conduta que era tipificada no artigo 214 para uma das duas modalidades do crime de *estupro*, com punição excessivamente mais grave (artigo 213). Certamente, nessa redefinição jurídica do crime previsto no artigo 214 do CP houve *abolitio criminis* relativamente ao crime de *atentado violento ao pudor*, contrariamente ao entendimento esposado pelo colendo STJ no *Habeas Corpus* nº 680.738, *com todas as vênias*. A rigor, a redefinição operada pela Lei 12.015/2009, não representou somente o deslocamento para uma das duas modalidades do crime de *estupro*, mas criou-se uma figura muito mais grave e com pena muito superior (inclusive superior a anterior punição do próprio crime de *estupro*), com pena de seis a dez anos de reclusão, que não pode retroagir para alcançar fatos anteriores punidos com menor gravidade, como o revogado *atentado violento ao pudor*. Por isso, em

hipóteses como essa, não há como sustentar, juridicamente, *à luz do texto constitucional*, a aplicação da *continuidade normativa típica*, ante a inegável ocorrência de *abolitio criminis*. Um Estado democrático de direito não pode ignorar garantias constitucionais para continuar punido crimes revogados a nenhum pretexto e sob nenhuma interpretação supostamente salvadora do ordenamento jurídico, sob pena de virar *ditadura judicial*.

No entanto, a despeito dessa maior gravidade do novo tipo penal, que *não pode retroagir para aplicar-se a fatos anteriores*, o Superior Tribunal de Justiça admitiu como configurada a *continuidade normativa típica*, ao julgar o HC 680.738), nos seguintes termos:

"Diante do princípio da continuidade normativa, descabe falar em abolitio criminis do delito de atentado violento ao pudor, anteriormente previsto no artigo 214 do Código Penal. O advento da Lei nº 12.015/2009 apenas condensou a tipificação das condutas de estupro e atentado violento ao pudor no artigo 213 do Estatuto repressivo" (STJ. HC 217.531/SP. Rel. min. Laurita Vaz. T5. DJe 2/4/2013). No mesmo sentido: *"O princípio da continuidade normativa típica ocorre quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário"*. (STJ. HC 204.416 / SP. Rel. min. Gilson Dipp. T5. DJe 24/5/2012).

No entanto, no plano doutrinário, com o compromisso de levarmos ao público especializado o melhor entendimento, *venia concessa*, não há como subscrever esse entendimento do Tribunal da Cidadania, pela singela razão de que a Lei 12.015/09 cominou uma pena de seis a dez anos de reclusão para o novo tipo penal (crime de estupro do artigo 213), quando a pena cominada para o crime de *atentado violento ao pudor* era de dois a sete anos de reclusão. Nessas condições, por todo o exposto, é impossível a aplicabilidade da nova pena a fatos cometidos antes da vigência da nova lei, posto que essa punição mais grave não pode retroagir para atingir fatos anteriores à sua entrada em vigor. Não há como negar que, nessa hipótese, o Tribunal da Cidadania cometeu grave equívoco de interpretação, ao admitir a aplicabilidade do *princípio da continuidade normativo típica*, pois a agravação da pena cominada pela lei nova, é absolutamente inaplicável a fatos cometidos antes de sua entrada em vigor, ante o salutar princípio constitucional da *irretroatividade da lei penal mais grave* (incisos XXXIX e XL do artigo 5º da CF), aliás, repetidos nos artigos 1º e 2º do Código Penal. Caso contrário estaremos rasgando a nossa Carta constitucional.

Em outros termos, as penas previstas para o crime de estupro, nos termos da Lei 12.015/09, *não podem ser aplicadas retroativamente* ao revogado crime de atentado violento ao pudor (artigo 214), porque, *como norma penal mais grave*, não pode retroagir para ser aplicada a fatos anteriores à sua vigência: uma coisa é a vedação constitucional expressa de aplicação retroativa de sanção penal mais grave, outra coisa, muito diferente, é a eventual interpretação doutrinário-jurisprudencial *criando uma construção artificial* para manter a punição de crime já revogado. Essa reengenharia interpretativa deve observar estritamente o princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais grave.

Ora, essa vedação constitucional (e legal) *impedindo a retroatividade de sanção penal mais grave*, inexistente na data do crime, é uma garantia dos Estados Democráticos de Direito, como

é o Brasil, e, objetiva, exatamente, evitar sua aplicação retroativa, a fatos praticados antes da vigência da nova lei penal. E o cumprimento dessa garantia constitucional deve passar, necessariamente, pelo crivo do Poder Judiciário, que não tem o direito de flexibilizar a observância de garantias constitucionais, especialmente a *irretroatividade penal mais grave*, quer com a criação de novos crimes, quer com aplicação de penas mais graves, inexistentes na data em que o fato criminoso foi praticado. Por isso, nessas hipóteses, é, repita-se, absolutamente inaplicável a construção doutrinário jurisprudencial do *princípio da continuidade normativo típica*, salvo às hipóteses estritas em que não caracterize efetiva retroatividade de lei penal mais grave.

Com efeito, o inciso XXXIX do artigo 5º determina que "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*". Essa previsão não é apenas um *princípio constitucional*, mas um legado eternizado como a maior garantia penal constitucional de todos os tempos de qualquer democracia que se preze (preze). Nenhuma constituição de qualquer Estado constitucional moderno pode dele abrir mão. E não satisfeito com esse verdadeiro dogma constitucional, o constituinte brasileiro de 1988 o ratifica no inciso seguinte: "*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o infrator*" (inciso XL). Convenhamos, converter uma *contravenção* em crime previsto por lei posterior, não beneficia réu nenhum! Logo, essa transformação de contravenção em crime não pode ser admitida, retroativamente, tanto sob a ótica constitucional quanto legal, nos termos dos artigos 1º e 2º do CP. Postas essas questões configura-se uma dupla barreira legal e constitucional intransponível para aplicar-se retroativamente lei penal mais grave.

O dogma constitucional da *irretroatividade da lei penal mais grave* não admite exceções, equívocos ou qualquer ponderação, deve ser cumprido estritamente, como garantia constitucional de qualquer cidadão. Na hipótese, a situação apresenta-se ainda mais grave, pela diferença absurda da gravidade da nova tipificação, transformando mera *contravenção penal* em crime com punição muito superior, prevista por lei posterior. Nunca, sob nenhum pretexto ou fundamento algum se poderá converter um fato anterior, menos grave — mera contravenção penal —, em um crime mais grave —, tipificado *retroativamente*, ao contrário do que, *in caso*, admitiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC nº 680.738.

[1] (CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal, 2013, p. 106.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-mar-10/cezar-bitencourt-irretroatividade-lei-penal-grave/>