

## A LEI PENAL NO TEMPO (\*)

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

O vigente Código Penal Militar segue, integralmente, o novo Código Penal comum, ao fixar os princípios que regem a sucessão das leis penais. Examinaremos, a seguir, quais são esses princípios e como se resolvem as questões jurídicas que a matéria suscita, estudando, afinal, numa perspectiva crítica, a regra estabelecida pela lei para o que respeita às medidas de segurança.

### *Princípios Gerais*

A vigência da lei penal não apresenta exceção às normas que regulam a vigência e obrigatoriedade das leis em geral, previstas pela Lei de Introdução ao Código Civil. Esta, em seu art. 1º, estabelece que a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada, salvo disposição em contrário. Se nesse prazo (*vocatio*) ocorrer nova publicação do texto, destinada a correção, o prazo começa novamente a correr a partir da nova publicação. As correções da lei já em vigor consideram-se lei nova.

Permanece em vigor a lei até que outra posterior a modifique ou revogue, a menos que se trate de lei temporária. Esta é a lei que em seu próprio texto estabelece seu limite de validade. Há nesse caso uma *auto-revogação*. É também o que sucede com leis destinadas à vigência durante o curso de determinados acontecimentos transitórios, cessando com os mesmos sua razão de ser. São as leis excepcionais. A revogação da lei anterior pode ser total (*ab-rogação*) ou parcial (*derrogação*); expressa ou tácita. É *expressa*, quando a revogação é declarada pela lei posterior; é *tácita*, quando a lei nova é incompatível com a lei anterior, ou quando regule inteiramente a matéria de que esta tratava.

O princípio básico que domina a sucessão de leis e o problema de sua aplicação é o *tempus regit actum*: os fatos são regulados pela lei do tempo em que se verificam. A lei não retroage. A irretroatividade das leis em geral, como ensina ANÍBAL BRUNO<sup>1</sup>, é princípio de garantia e estabilidade da ordem jurídica, sem o qual faltaria a condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos do indivíduo. Em relação ao Direito Penal, como vimos, a irretroatividade da norma incriminadora é consequência do princípio da legalidade, que é garantia constitucional. Todavia, no campo do direito punitivo, a regra da irretroatividade somente se aplica à lei que agrava a situação do réu. Declara-se assim a retroatividade de *lex mitior*.

O conjunto de normas jurídicas que regula a sucessão das leis penais, fixando os princípios que regem a solução de conflitos que daí surgem, tem sido impropriamente chamado de *direito intertemporal* ou *direito transitório*.

---

<sup>1</sup> Aníbal Bruno, “Direito Penal”, I, 255.

### *Antecedentes históricos*

A regra da não-retroatividade da lei penal remonta ao Direito Canônico<sup>2</sup>. São extremamente imprecisas as passagens invocadas para reconhecê-la no Direito Romano, que apresenta numerosos exemplos de leis com efeito retroativo. Os praxitas formularam e desenvolveram o princípio segundo o qual a lei penal não retroage para punir fato anteriormente não punível, fixando inclusive a regra da retroatividade da lei mais benigna, quando não houvesse coisa julgada. É o que se pode ver em FARINACIO: *Lex, constitutio, seu statum novum, quando minuit poenam statuti antiqui, tunc in imponendis poenis inspiciatur tempus sententias. Ideo talis poena novae legis, constitutionis seu statuti, imponetur etiam pro delictis praeteritis non punitis.*

A irretroatividade da lei penal foi proclamada com a afirmação, no século da Luzes, do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*. A retroatividade da lei mais benigna, no entanto, encontrou, na intangibilidade da coisa julgada, importante limitação, reconhecida por numerosas legislações e autores. CARRARA, por exemplo, indicava para os casos definitivamente julgados, o caminho da graça, como forma de resolver a injustiça decorrente do aparecimento de lei mais benigna<sup>3</sup>.

Como ensina v. HIPPEL<sup>4</sup>, o efeito retroativo dado à lei penal mais benigna não significa um presente ao criminoso, pois constitui interesse do Estado. Se, na configuração dos delitos ou na cominação das penas, o Estado formula leis mais benignas, isto significa que as novas leis correspondem verdadeiramente às exigências da Justiça e às necessidades da vida social, devendo aplicar-se aos fatos praticados na vigência da lei anterior, que agora se considera inadequada.

Nosso Código imperial, referindo-se exclusivamente à pena, determinava a aplicação da lei mais benigna para todos os crimes “que tiverem de ser sentenciados em primeira ou em segunda instância, ou em virtude de revista concedida” (art. 309). O Código de 1890 mandava aplicar a lei nova se cominasse pena menos rigorosa, inclusive se houvesse condenação definitiva (art. 3º).

Nosso Código Penal comum, em vigor, manda aplicar incondicionalmente a lei nova mais favorável aos casos de *abolitio criminis* e de cominação de pena menos grave. Nos demais casos a lei nova somente deveria

---

<sup>2</sup> Asua, “Tratado de Derecho Penal”, II, 524.

<sup>3</sup> Carrara, “Programma”, § 743. Opinião revista em seguida, ante o projeto de CP italiano. No sentido do respeito à coisa julgada pronuncia-se a doutrina francesa. Cf. Chaveau-Hélie. “Théorie du Code Pénal”, I, 46; Garraud, “Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français”, I § 126.

<sup>4</sup> V.Hippel, “Deutsches Strafrecht, II, 64.

aplicar-se aos casos não definitivamente julgados (art. 2º). A doutrina, no entanto, invocando a Constituição Federal (de 1946) afirma a ampla retroatividade da lei mais favorável, sem limitações. O Código Penal Militar em vigor incorporou esse entendimento.

### *A Lei Penal no Tempo*

Verifica-se a sucessão de leis sempre que novas normas jurídicas regulam determinados fatos ou relações, mesmo quando são incriminados fatos que anteriormente eram lícitos (GRISPIGNI). Os fatos não proibidos também são objeto de valoração jurídica, já que é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe.

As hipóteses de sucessão de leis penais são as seguintes:

- a) a lei posterior incrimina fato que era anteriormente lícito;
- b) a lei posterior deixa de considerar ilícito penal fato incriminado pela lei anterior;
- c) a lei posterior, sem suprimir a incriminação do fato, beneficia o agente, quer cominando pena menos rigorosa, quer de qualquer outro modo tornando menos grave a situação do réu;
- d) a lei posterior, mantendo a incriminação do fato, torna mais grave a situação do réu.

Devemos esclarecer, de início, que *lei posterior* é a que *entra em vigor posteriormente*. Para sabermos se uma lei é posterior a outra não importa a data de sua promulgação ou publicação, mas a data de sua efetiva vigência<sup>5</sup>.

Por outro lado, estamos cogitando aqui de *lei penal*, em sentido próprio, ou seja, daquelas normas que estabelecem o pressuposto da pena. Lei penal é aqui o estado jurídico total de que a pena depende<sup>6</sup>. A expressão *lei penal* compreende, portanto, não apenas os tipos de delito descritos nas normas incriminadoras, como também as normas contidas na parte geral, pertencentes ao direito penal material (tentativa, participação, culpabilidade, exclusão de culpa e de antijuridicidade, etc). Excluem-se as disposições relativas às medidas de segurança, bem como as normas de caráter processual existentes no Código Penal<sup>7</sup>.

As leis processuais têm aplicação imediata. Impõe-se, no entanto, o

---

<sup>5</sup> *Manzini*, “Tratado di Diritto Italiano”, I, 320. Contra, sem qualquer fundamento, *Grispigni*, “Diritto Penale Italiano”, I, 352.

<sup>6</sup> *Mezger*, “Tratado de Derecho Penal”, trad., I, 113; Schönke-Schröder “Kommentar”, § 2, VIII.

<sup>7</sup> Grandemente debatida é a natureza das normas relativas à prescrição. Cf. sobre o assunto, *Heleno C. Fragoso*, “Jur.Crim.”, n° 42; *Asua*, “Tratado”, II, 550.

respeito ao princípio do juiz natural, que é garantia do direito de liberdade do cidadão, incluindo-se na cláusula genérica do art. 153, § 36, da Constituição Federal.

O conflito de leis penais que se sucedem resolve-se sempre pela aplicação de um princípio básico, que é o da retroatividade ou ultratividade da lei mais benigna (*extra-atividade da lex mitior*). A lei mais severa em nenhum caso retroage. A *lex gravior*, igualmente, em caso algum tem ultratividade.

As hipóteses que figuramos resolvem-se, portanto, da seguinte forma:

a) A lei que incrimina fato anteriormente lícito, jamais pode retroagir. Só pode ter validade para os fatos praticados a partir de sua entrada em vigor. Inexistente a ameaça penal, justificada seria a prática do fato, pois o cidadão não poderia sentir-se obrigado à observância de preceito inexistente nem intimado por sanção que não havia. Aplica-se aqui simplesmente o princípio *tempus regit actum*.

b) Se a lei posterior deixa de considerar crime determinado fato, dá-se a *abolitio criminis*, e essa lei posterior retroage para fazer cessar todos os efeitos advindos da aplicação da lei anterior., O novo Código Penal Militar, de forma mais categórica que o anterior dispõe: “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência da sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil”. Trata-se de mero corolário do princípio da reserva legal. Não teria sentido medir-se aqui o efeito retroativo, mantendo-se a punição irrogada a fato que não mais atinge a consciência ético-jurídica do povo. O juiz deve declarar de ofício extinta a punibilidade (art. 123, nº III, Código Penal Militar) no processo, qualquer que seja a fase em que se encontre. Se tiver havido condenação o nome do réu será riscado do rol dos culpados e o fato não poderá constar de sua vida pregressa, nem configurar a reincidência. A *abolitio criminis*, como a anistia, faz desaparecer o delito. Ressalvam-se, apenas, os efeitos civis da condenação (obrigação de reparar o dano resultante do crime). Se o fato com a lei nova configura outra espécie de crime ou contravenção, subsiste a punibilidade em relação ao mesmo.

c) Se a lei posterior, mantendo a incriminação do fato, favorecer o agente, aplica-se mesmo se houver sentença passada em julgado. Em qualquer hipótese a lei mais favorável retroage, haja ou não sentença condenatória irrecorrível.

Se a lei nova passa a regular diversamente a ação penal, tornando privada a ação pública ou vice-versa, subordinando a ação pública a representação ou requisição ou eliminando esta exigência, distintas soluções devem ser dadas. A matéria relativa à ação penal é de natureza processual, e, em princípio, estranha às regras que disciplinam a extra-atividade da *lex mitior*. Todavia, à queixa e à representação está ligada a decadência, que extingue a

punibilidade. A queixa também pode conduzir à *perempção*.

A decadência e a perempção têm caráter penal e processual, embora o aspecto processual seja mais evidente, pois impedem o processo. É certo, no entanto, que fazem desaparecer o *jus puniendi*, motivo pela qual não podem deixar de interessar à disciplina do Direito Penal transitório.

Em consequência, se a lei nova estabelece ação pública em relação a crime que era de ação privada, não pode ser aplicada, já que a queixa favorece o réu, permitindo a decadência, a perempção e o perdão. A *requisição* é de natureza exclusivamente processual, de modo que a lei nova que subordina a ação penal pública à requisição aplica-se imediatamente, se não tiver sido iniciada a ação penal.

Se a lei nova torna privada a anterior ação penal pública, aplica-se também de imediato. Se ainda não tiver sido iniciada a ação penal, será indispensável a queixa, observando o prazo de decadência. Se já tiver sido iniciada a ação penal, deve o ofendido assumir as funções de acusador.

No que tange à *representação*: será dispensável se a ação penal ainda não se iniciou. Após o início da ação penal, será irrelevante a lei nova que subordina a representação. É a solução a ser dada para os casos de processos referentes a lesões corporais leves ou culposas, que o novo Código Penal comum faz depender de representação (art.133). Se o processo já tiver sido iniciado por denúncia, irrelevante será a exigência da nova lei, devendo prosseguir a ação penal em curso. O novo Código Penal termina com as ações penais *ex officio*. Assim sendo, nos casos de processo iniciado por portaria, indispensável será a denúncia, que dependerá de representação<sup>8</sup>.

d) A lei posterior que, mantendo a incriminação do fato, agrava a situação do réu, em caso algum retroage.

Afirma-se, assim, a extra-atividade da *lex mitior*. A lei mais benigna retroage (se for posterior) ou é ultra-ativa (se for anterior). A lei mais severa não tem extra-atividade. Não retroage nem é ultra-ativa. A única exceção a tais regras é constituída pelas leis excepcionais ou temporárias. Estes princípios valem igualmente para o caso de *leis intermediárias*, ou seja, para a hipótese em que, entre a data do fato e a data de seu julgamento, tenha havido sucessão de mais e uma lei sobre a matéria. Terá aplicação a lei intermediária se for a mais benigna.

Pode ocorrer que a lei penal faça remissão a outra lei penal, que venha a ser revogada. Se se trata de específica e expressa incorporação da lei

---

<sup>8</sup> Cf., no mesmo sentido, José Frederico Marques, "Tratado de Direito Penal", 1964, I, 212; Asua, "Tratado", II, 581; Baumann "Strafrecht, 108; Allfeld-Meyer, "Lehrbuch", 77; Liszt-Schmidt, "Lehrbuch", 116; Frank, "Kommentar", 24. Veja - se também Hungria, "Comentários", I, 104.

revogada, nenhuma dúvida pode existir de que permanece em vigor o dispositivo da lei revogada, para os efeitos da lei que o incorpora e que, em tais circunstâncias, como diz MANZINI<sup>9</sup>, lhe comunica a própria vida e a própria força<sup>10</sup>.

Se a remissão for genérica (como ocorre com certas equiparações aos crimes de contrabando e apropriação indébita), permanecerá em vigor a lei, ainda que se modifiquem os dispositivos a que se refere, passando a ser aplicáveis os da nova lei, se forem mais benignos.

### *Leis penais em branco*

Merece atenção o caso da *leis penais em branco*, nas quais, por alteração sucessiva de seus complementos, ocorra situação diversa, que beneficie o réu. Imagine-se, por exemplo, o caso da transgressão de tabela de preços, que ao tempo do julgamento já tenha mudado (tornando, assim, o fato lícito se agora tivesse sido praticado). Ou o caso de omissão de notificação de doença (art.298), que lei nova exclua do rol das de denúncia obrigatória. A solução que a doutrina formula para estes casos não é pacífica. Alguns autores entendem que a alteração dos complementos da lei penal em branco não afeta em caso algum a punibilidade do fato. Afirma-se que a norma permanece em vigor, cessando apenas os elementos ocasionais. A doutrina prevalente pronuncia-se em contrário, entendendo que a alteração das disposições que integram a lei penal em branco modificam o estado jurídico total em que o réu se acha, não podendo deixar de ser consideradas caso venham a beneficiar o acusado<sup>11</sup>. Parece-nos que a hipótese não permite solução unitária. Em regra, a alteração dos complementos da norma penal em branco, se discriminar a ação ou beneficiar o réu, não pode deixar de retroagir. As disposições que completam as leis penais em branco integram o conteúdo de fato da conduta incriminada e sua alteração representa uma nova valoração jurídica do mesmo. Todavia, a regra que estabelecemos não pode ser aplicada em casos como os de tabelamento de preços, dado o caráter excepcional desses tabelamentos, feitos para atender a situações de escassez de gêneros e dificuldades na produção e abastecimento. Em tais hipóteses, a alteração posterior do tabelamento não pode ser considerada para beneficiar o réu. De outra forma ficaria totalmente anulado o efeito de tais leis. Parece claro, por outro lado, que a

---

<sup>9</sup> *Manzini*, “Trattato”, I, 322.

<sup>10</sup> Exemplo, entre nós, constituiu o Decreto-Lei nº 2, que, em seu artigo 3º, mandava aplicar as penas do art. 13 da Lei nº 1802 aos crimes contra a economia popular que mencionava. Com a revogação da Lei nº 1802, o STM e o STF declararam igualmente revogado o art. 3º do Decreto-Lei. Cf. *Helena C. Fragoso*, “O novo Direito Penal Tributário e Econômico”, “Rev.Bras.Crim.Dir.Penal”, nº 12 (jan./mar. 1966).

<sup>11</sup> *Maurach*, “Lehrbuch”, 113; *Mezger*, “Tratado”, I, 118; *Schönke-Schröder*, “Kommentar”, § 2, VIII ; *Welzel*, “Strafrecht”, 23. Veja-se sobre o tema a correta tese de *Augusto Thompson*, “Lei Penal em branco e retroatividade benéfica”, 1967 (edição mimeografada).

alteração do complemento, nesses casos, não representa uma *nova valoração jurídica dos fatos*.

### *Crimes Permanentes e Continuados*

Não há regras especiais para atender à hipótese de ações que configurem crimes permanentes e continuados, havendo sucessão de leis penais. No crime permanente, a ação se protraí, com a permanência do resultado antijurídico. Neste caso aplica-se em qualquer caso a lei nova, pois sob seu império continuou sendo praticada a ação. A solução é a mesma para o crime continuado (art.80 do Código Penal Militar), e para o crime habitual. Em nenhum caso, porém, serão considerados os atos praticados na vigência da lei anterior.

### *Lei Mais Benigna*

Já vimos que, na sucessão de leis penais, a regra é a extra-atividade da lei mais benigna. Como se reconhece, porém, a *lex mitior*? Não é possível determinar qual a lei mais favorável em tese ou em abstrato (esta seria a lei que comina pena menos grave, em espécie e duração; a que estabelece circunstâncias atenuantes não previstas anteriormente; a que estabelece causa de exclusão da ilicitude ou da punibilidade, não contempladas pela lei anterior; a que exclui as penas acessórias, ou lhes reduz a duração ou gravidade, etc).

A lei mais benigna deve ser determinada em *face do caso concreto*. O juiz deve considerar qual seria o resultado, aplicando hipoteticamente uma e outra das leis, escolhendo então a que proporciona situação mais favorável ao réu. Lei posterior que, mantendo a incriminação do fato, aumente o máximo da pena cominada e diminua o mínimo, será mais favorável, se for o caso de aplicar a pena mínima à hipótese em julgamento, e será mais severa, se se deve impor a pena máxima.

O Código Penal Militar vigente deixa claro que nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu, aplicando ambas parcialmente. A rigor tal disposição era desnecessária, pois a doutrina é praticamente uniforme no sentido de não admitir que o juiz forme uma terceira lei, tirando da antiga e da nova o que favorece o réu. Em contrário, no entanto, pronunciaram-se importantes penalidades brasileiras<sup>12</sup>, fato que terá levado o autor do projeto à disposição expressa do novo Código Penal comum, que inspirou o Código Penal Militar em vigor.

Como lembra a *Exposição de Motivos*, a Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, em sua reunião em Santiago do Chile,

---

<sup>12</sup> José Frederico Marques, “Tratado”, I, 210; Basileu Garcia, “Instituições de Direito Penal”, I, 148; Magalhães Noronha, “Direito Penal”, I, 36; Na doutrina estrangeira, encontramos as opiniões isoladas de Roubier, “Les conflits des lois dans le temps”, 1933, II, 604; e Petrocelli, “Principi di Diritto Penale”, 164.

realizada no ano de 1963, estabeleceu que “no se podrá recurrir a leyes correspondientes a diversas épocas para lograr com su aplicación conjunta una regla más favorable al reo”<sup>13</sup>.

Em caso de dúvida intransponível sobre qual a lei mais benigna, a lei nova somente deve ser aplicada aos casos ainda não julgados. Não é o caso de deixar o réu a escolha da lei que julgue mais favorável, mas não faltam pronunciamentos na doutrina, admitindo essa escolha<sup>14</sup>.

#### *As Medidas de Segurança e a Sucessão de Leis Penais*

No que tange às medidas de segurança, reproduz o Código Penal de 1969 em seu art.3º, bem como o vigente Código Penal Militar, o que se continha no art.75 do Código Penal de 1940, que se inspirou, como se sabe, na legislação italiana. O art.200 do Código Rocco, em sua primeira alínea, dispõe: *Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. Se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza é diversa, si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione.*

As medidas de segurança estão subordinadas ao princípio da reserva legal, no sentido de que ninguém pode ser submetido a medidas restritivas de direitos que não estejam previstas em lei. Não pode o juiz aplicar medida de segurança não prevista expressamente, nem aplicar analogicamente medida dessa natureza. Nesse sentido é uniforme a lição dos autores. MANZINI, por exemplo, afirma que as medidas de segurança ou de propriedade garantidos pela Constituição, não podem ser estabelecidas senão pela lei. As disposições que as prevêm são taxativas e inextensíveis<sup>15</sup>.

Ao contrário do que ocorre em relação à pena, no entanto, não se exige, para as medidas de segurança, a anterioridade da lei ao *fato delituoso* que é pressuposto de sua aplicação.

O princípio da contemporaneidade da lei a ser aplicada, no caso, explicava-se pela natureza preventiva atribuída às medidas de segurança, essencialmente distintas da pena, no sistema do duplo-binário, que o Código Penal de 1940 adotou em toda a sua pureza. A medida de segurança funda-se na periculosidade do agente, e por ela se mede, visando à cura e à prevenção. Não

---

<sup>13</sup> Cf. “Código Penal Tipo para Latinoamérica”, México, 1967, 492; “Rev.Bras.Crim.Dir.Penal”, nº 4, jan/mar., 1964, 151. O eminente Prof. *Basileu Garcia*, presente à reunião, foi o único voto vencido.

<sup>14</sup> Entre os quais, *Dorado Montero e Cuello Calón*.

<sup>15</sup> *Manzini*, “Trattato”, III, 212, o art. 199 do Código Penal italiano dispõe: “Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge a fuori dei casi dalla legge stessa preveduti”. Veja-se, a propósito, *Hungria*, III, 33.



constitui *sanção penal*<sup>16</sup> e não participa, portanto, das limitações a que estão sujeitas as penas, na perspectiva das garantias constitucionais dos direitos de liberdade. Dentro da lógica desse sistema é natural, pois, que as medidas de segurança existentes ao tempo da execução, e supostamente mais adequadas aos fins curativos ou preventivos, sejam aplicadas aos condenados, mesmo que não previstas em lei, a época em que o crime foi praticado.

Não se encerrou, ainda, na doutrina, o largo debate em torno à unificação da pena com a medida de segurança, superando o que se tem chamado de crise do sistema do duplo-binário. É inegável o caráter aflagante de certas medidas de segurança, que têm a mesma natureza da pena (perda de bens jurídicos imposta ao transgressor), conduzindo àquela mistificação de etiqueta a que aludia KOHLRAUSCH<sup>17</sup>. Por outro lado, declarando-se o sentido finalístico das penas, que “devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social” (art.37 do Código Penal), superpõe-se a pena à medida de segurança, em sua finalidade preventiva.

São numerosas as legislações modernas que abandonam a simetria sistemática, para reconhecer que existe uma zona comum, na qual a medida de segurança pode assumir as funções da pena e vice-versa<sup>18</sup>. Nesse sentido encaminhou-se o novo Código Penal Militar, que adotou o critério vicariante (pena ou medida de segurança curativa) no que tange aos semi-imputáveis e resolveu a punição dos criminosos habituais ou por tendência com o sistema da pena relativamente indeterminada (art.78), abandonando as medidas de segurança detentivas para imputáveis. O novo Código Penal comum adotou, por outro lado, expressamente a periculosidade do agente como critério para a aplicação da pena.

A tendência é, pois, a de submeter as medidas de segurança ao princípio da anterioridade da lei, da mesma forma que a pena. Nesse sentido dispunha o Projeto Alternativo, que tanta importância teve na reforma penal alemã<sup>19</sup>. Como se lê na Exposição de Motivos desse projeto, comumente as medidas de segurança conduzem a longa privação da liberdade, atingindo gravemente bens jurídicos, e, como a pena, podem funcionar repressivamente<sup>20</sup>.

O Código Penal austríaco, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1975, por igual, equipara a medida de segurança à pena, quanto à garantia da

---

<sup>16</sup> Vejam-se, a respeito, as lúcidas páginas de mestre *Soler*, II, 407.

<sup>17</sup> Cf. *Jescheck*, “Lehrbuch”, 63.

<sup>18</sup> Era esta a lição de *Liszt-Schmidt*, “Lehrbuch”, § 56.

<sup>19</sup> *AE* § 1: “Eine Massregel Kann nur Verhängt werden wenn sie gesetzlich vorgesehen war, bevor, die Tat begangen wurde”.

<sup>20</sup> “Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Tübinger”, 1966, 29.

anterioridade da lei. A nova Parte Geral do Código Penal alemão, que na mesma data entrou em vigor, manda aplicar a medida de segurança em vigor ao tempo da sentença, se a lei não dispuser diversamente (*ween gesetzlich nicht anderes bestimmt ist*). A respeito desta ressalva a Exposição de Motivos do Projeto de 1962 esclarece que não pode a regra geral prevalecer no caso de novas medidas de segurança que gravemente atinjam a liberdade do agente e que, por isso, tenham efeito semelhante ao da pena (*strafähnliche wirkungen*)<sup>21</sup>.

O novo Código Penal Militar, mantendo a disposição da antiga lei (que se limitou a mudar de lugar), não se afina com as exigências de uma sistematização moderna.

Pode o juiz impor a medida de segurança prevista na lei ao tempo da sentença, ainda que ela fosse inexistente à época do fato.

O novo Código Penal comum, ao contrário do anterior (art.79, parágrafo único, do Código Penal de 1940), nada dispõe sobre a aplicação da medida de segurança *após a sentença*. É claro, no entanto, que a medida de segurança prevista na sentença pode ser imposta pelo Tribunal e, inclusive pelo juiz das execuções, aplicando lei inexistente à época da sentença. É o que está na lei<sup>22</sup>. Convém, no entanto, recordar que o STF firmou jurisprudência no sentido de que a medida de segurança não pode ser aplicada em segunda instância quando só o réu tenha recorrido<sup>23</sup>. Essa jurisprudência inspirou-se no caráter evidentemente aflitivo de certas medidas de segurança, orientando-se, como se percebe, no bom sentido.

-----  
(\* ) Artigo publicado na *Revista do Superior Tribunal Militar*, ano I, n.º 1, 1975.

---

<sup>21</sup> ‘Entwurf eines Strafgesetzbuches’, de. 1962, pág. 108.

<sup>22</sup> Cf. *Fragoso*, ‘Jur.Crim.’ n.º 310.

<sup>23</sup> ‘Súmula’ n.º 525. Veja -se, por bem característica da orientação do tribunal, a decisão proferida no HC n.º 43.969, relator o eminente *MinEvandro Lins e Silva* (RTJ n.º 43/601).