

RETROATIVIDADE *IN MELIUS*

Maurício Kalache

Mestrando em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Promotor de Justiça. Professor da Escola Superior do Ministério Público.

1.-A sucessão de leis penais no Brasil tem demonstrado a alienação técnico-legislativa do Congresso Nacional. Apenas um exemplo, dentre os vários existentes, será trazido à colação. É o caso da sucessão do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/72) e da Lei nº 9.281/96.

Apesar dos erros grosseiros do legislador, não se pode olvidar que, no Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), para se preservar a dignidade da pessoa humana, qualquer interpretação da lei penal incriminadora se submete ao princípio geral da *máxima restrição das normas afetadoras dos direitos e liberdades fundamentais*¹, sendo pois ilegítima qualquer aplicação retroativa, analógica *in peius* ou pretensamente corretiva da lei (art. 5º, incs. XXXIX e XL, da CF).

2.-O Código Penal, na redação de 1940, não previu um tipo qualificado ou uma causa de especial aumento de pena para o crime de estupro ou de atentado violento ao pudor cometido contra pessoa menor de 14 anos de idade. Contudo, no ano de 1990, o legislador, atendendo ao comando constitucional insculpido no art. 227, § 4º, buscou recrudescer mais as penas dos crimes previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, quando praticados contra pessoa menor de 14 anos de idade. O propósito, porém, não foi atingido, como se demonstrará.

A matéria foi tratada, simultânea e paralelamente, por duas leis, causando perplexidades no momento de sua aplicação.

No dia 13 de julho de 1990 promulgou-se a Lei nº 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que foi publicada no Diário Oficial da União no dia 16 de julho. Nesse diploma, o legislador, no artigo 163, criou um parágrafo único para os

¹ CARVALHO, Américo A. *Taipa de Sucessão de leis penais*. Coimbra, 1990, Coimbra Editora, pg. 70.

artigos 213 e 214 do Código Penal, construindo, em tipo derivado, uma qualificadora para aqueles crimes, quando cometidos contra pessoa menor de 14 anos de idade. À vista da redação original do Código Penal, passou-se, então, a ter a seguinte situação: a) para o crimes de estupro simples manteve-se a previsão das penas de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão e para o qualificado previu-se penas de 4 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão; b) para o crime de atentado violento ao pudor simples manteve-se as penas de 2 (dois) a 7 (sete) anos de reclusão e para o qualificado estipulou-se penas de 3 (três) a 9 (nove) anos de reclusão.

O legislador estatutista previu um período de *vocatio legis* de 90 dias após a sua publicação (art. 266, caput, do ECA), ou seja, a *novatio legis in peius* entraria em vigor no dia 17 de outubro de 1990.

Ocorre, porém, que no dia 25 de julho de 1990 (doze dias depois), promulgou-se a Lei nº 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos), onde o legislador voltou a cuidar da mesma matéria, embora de forma diferente.

Sob os influxos de um certo *neoretribucionismo*,² conhecido como *Movimento de Lei e Ordem*,³ o legislador, no artigo 6º, aumentou as penas dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor simples, que passaram a variar entre 6 (seis) e 10 (dez) anos de reclusão e, no artigo 9º, criou uma causa de especial aumento dessas penas se a vítima não fosse maior de 14 anos de idade.

A Lei dos Crimes Hediondos entrou em vigor no dia 26 de julho de 1990, data de sua publicação (art. 12).

De imediato, constatou-se as contradições criadas por essas duas leis. Afinal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado e publicado antes, previu penas menores para o mesma hipótese, criando, na verdade, duas contradições: a) a primeira, com o tipo básico dos artigos 213 e 214 que, pela Lei dos Crimes Hediondos, passaram a prever limites mínimos maiores do que o limite mínimo previsto para a forma qualificada, o que é um contra-senso, pois o legislador antes havia criado o tipo derivado por reconhecer maior gravidade na agressão praticada contra a vítima menor de 14 anos de idade. A partir de então, estava-se diante de um crime simples com pena mínima maior do que a prevista para a espécie qualificada; b) a segunda contradição encontrou-se na simultânea desvalorização do mesmo fato, implicando o vedado *bis in idem*, já que não seria possível reconhecer a qualificadora criada pelo ECA e, em seguida, sobre o mesmo fato, fazer incidir a causa de aumento criada pelo artigo 9º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Diante desse paradoxal quadro surgido entre as leis em comento, os Tribunais estabeleceram duas correntes de entendimento.

²-GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal*. São Paulo, 1995, Editora Revista dos Tribunais, pg. 59/62.

³-ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Org., *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*. Atos do Colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro, 1991, pg. 70/73.

A primeira, cuja ementa paradigmática se transcreve, admitiu ter ocorrido a revogação implícita do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda no período da *vacatio legis*. Veja-se:

Em 13.7.90, foi editada a Lei 8.069/90, o denominado 'Estatuto da Criança e do Adolescente'. Esse diploma legal, contudo, entraria em vigor após noventa dias de sua publicação. E aumentava a pena do atentado violento ao pudor, do art. 214 do CP, para o mínimo de três e o máximo de nove anos de reclusão. Sucede que, antes mesmo da vigência desse diploma legal, outro foi editado, o de número 8.072, de 26.07.90, a chamada Lei dos Crimes Hediondos, que passou a vigorar no dia de sua publicação. Essa nova lei tratou do assunto, mas aumentando, ainda mais, as penas do aludido crime, para o mínimo de seis e máximo de dez anos, sendo que, no art. 9º, a sanção é aumentada da metade, quando a vítima não é maior de quatorze anos de idade. Disto decorre que, aplicando-se o princípio de que a lei posterior revoga a anterior, tem-se que o diploma que deve prevalecer é o segundo, isto é a Lei nº 8.072. E não de se cogitar de aplicação da lei mais benéfica, por isso que, como se frisou, a lei anterior não chegou a vigorar. Só teria aplicação em outubro, mas, antes disso, foi derogada, na parte em que conflitava com a lei nova (TJSP - AC. 110.258-3 - Rel. Nelson Fonseca).

O outro entendimento formado, pugnava pelo reconhecimento de que, apesar da ilogicidade dos resultados e da incoerência axiológica, certo é que o Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de ter sido promulgado e publicado antes da Lei dos Crimes Hediondos, só entrou em vigor depois, o que o caracterizou como *novatio legis in melius*, revogando implicitamente os dispositivos em contrário. Nesse sentido.

Aplicação retroativa da Lei nº 8.069/90 por ser mais benéfica ao réu - Hipótese de atentado violento ao pudor - 'Após a Lei 8.072/90 entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo pena menos rigorosa quando a vítima tiver menos de 14 anos de idade. Estatuí o parágrafo único do art. 2º do CP que a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores. Na hipótese de in melius a norma penal retroage e se aplica, por isso, imediatamente, aos processos em julgamento, aos crimes cuja persecução ainda não se iniciou e, também, aos casos julgados. Qualquer direito adquirido do Estado, na esfera do ius punitionis, é atingido pela nova lei por força do imperativo constitucional da retroatividade da lex mitior. Logo, decidir de forma diversa contraria o dispositivo do CP e a própria Carta Magna que, em seu art. 5º, XL, dispõe que a

lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Ademais, não consta que no período de publicação da Lei 8.069, até a sua entrada em vigor, quando adquiriu força obrigatória, tenha ocorrido revogação do art. 263, quer por força da Lei 8.072, onde não há qualquer dispositivo expresso nesse sentido, ou outra disposição legislativa" (TJSP - AC 105.609 - Rel. Gentil Leite - ERJ 1/68).

Note-se que, pelo ECA, a pena mínima para a espécie seria de 4 anos, no caso do estupro, e de 3 anos no atentado violento ao pudor, enquanto pela Lei dos Crimes Hediondos, aplicada a causa de aumento sobre as novas penas previstas para o *caput* dos artigos 213 e 214, do CP, a pena mínima, para ambas as hipóteses, seria de 9 anos de reclusão. Inegável, pois, o tratamento mais benéfico conferido pelo Estatuto.

3.-Com poucas variações, as tendências interpretativas sobre a matéria dividiram-se entre a essas duas correntes jurisprudenciais. Ocorre, porém, que, por força da Lei nº 9.281, de 4 de junho de 1996, a questão sofreu novos contornos. É que o legislador, mais de cinco anos depois de surgida a *vexata quaestio*, revogou, expressamente, o parágrafo único dos artigos 213 e 214, do Código Penal. Em face disso, coloca-se, agora, a questão de saber quais os efeitos que essa última alteração legislativa gerou.

Pontua-se, pelo menos, quatro efeitos importantes. Vejamos.

O primeiro efeito é a conclusão lógica de que o artigo 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente não tinha sido revogado implicitamente pela Lei dos Crimes Hediondos, tal como uma das correntes jurisprudenciais afirmava, tanto assim que foi necessário o legislador, em lei posterior, fazê-lo expressamente. Dessa maneira, prevaleceu o entendimento de que, na sucessão temporal, foi o Estatuto da Criança e do Adolescente quem revogou, no ponto, a Lei dos Crimes Hediondos, sendo certo, ademais, que, por causa do princípio *non bis in idem*, seria inadmissível a coexistência da qualificadora e da causa de aumento de pena versando sobre o mesmo fato.

Destarte, para os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, praticados contra o sujeito passivo especial e cometidos após o dia 26 de julho de 1990, no confronto entre o ECA e a Lei dos Crimes Hediondos, deve prevalecer o entendimento de que a pena mínima para o estupro é de 4 (quatro) anos de reclusão e para o atentado violento ao pudor de 3 (três) de reclusão, ainda que isso contraste com a previsão das penas dos *caput* dos respectivos artigos do Código Penal.

O segundo efeito importante da alteração legislativa é o de que o Código Penal, nesta matéria, voltou ao quadro axiológico de sua redação primitiva, a final, se o artigo 263 do ECA revogou, no ponto, o artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos e agora o ECA foi revogado pela Lei nº 9.281/96, é certo, pois, que não há

mais a causa de especial aumento de pena e nem a circunstância qualificadora multicitadas.

O terceiro efeito é o de que legislador ordinário, ao ensejo da sucessão das leis, acabou desatendendo ao comando do artigo 227, § 4º, da CF, equiparando, em abstrato, os atentados sexuais cometidos contra pessoas maiores e menores de 14 anos de idade, o que, na espécie, passou a constituir inconstitucionalidade por omissão.

O quarto efeito, para os crimes cometidos entre 26 de julho de 1990 e 4 de junho de 1996, em alguns casos, é o da ultratividade da lei revogada (ECA), porque a Lei nº 9.281/96 confere tratamento desfavorável ao agente.

No caso do estupro praticado naquela época, o julgador, ao invés de partir da pena mínima 6 anos de reclusão (arts. 213, *caput*, CP), deverá partir do mínimo de 4 anos de reclusão (art. 213, par. único, CP). Se o agente for merecedor de pena mínima ou inferior a seis anos de reclusão, constata-se que o ECA confere tratamento mais benigno do que a última lei, impondo-se sua aplicação para além do tempo de sua vigência. Se, contudo, o agente for merecedor da pena de 10 anos (máxima para o crime cuja violência não tenha resultado lesões corporais graves ou morte) resta indiferente, quanto aos resultados práticos, adotar-se uma ou outra lei, afinal, em qualquer caso os limites máximos são idênticos.

O mesmo raciocínio impõe-se para o crime de atentado violento ao pudor, observado, porém, que as penas do parágrafo único do artigo 214 variavam entre 3 a 9 anos de reclusão, hipótese em que os limites mínimo e máximo eram inferiores à previsão contida no *caput* do mesmo artigo.

Identificado, pois, *in concreto*, qual das leis é a mais favorável ao agente, o juiz deverá aplicá-la incondicionalmente, tal como previsto no artigo 5º, inc. XL, da CF, c.c artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

A aplicação do princípio da retroatividade *in melius* não pode ser evitada, ainda que haja motivos bastantes para criticar-se o absurdo que a solução encontrada traduz.

Essa situação porém, para os crimes praticados no tempo de vigência da *novatio legis*, pode ser reparada, sem se ferir os direitos e garantias fundamentais do implicado. A compatibilização entre a norma e o desvalor da conduta poderá ser feita no momento da aplicação judicial da pena. O magistrado, entre os limites de 6 (seis) e 10 (dez) anos de reclusão, sob a orientação do artigo 59, do Código Penal, levará em conta a idade da vítima e, desta forma, dosará, à luz do desvalor constitucionalmente indicado no artigo 227, § 4º, da CF, o *quantum* necessário e suficiente para reprimir e prevenir os delitos sexuais praticados contra as crianças e adolescentes, ainda que maiores de 14 anos de idade, restabelecendo, dessa maneira, o delicado equilíbrio de forças entre as garantias constitucionais do cidadão-réu, de um lado, e o interesse social de proteção do bem jurídico, do outro.

... a possibilidade de se estabelecer um sistema de controle de acesso à informação, de modo a garantir a integridade dos dados e a segurança das operações. Este sistema deve ser capaz de identificar os usuários e autorizar o acesso às informações de acordo com as necessidades de cada um.

... a possibilidade de se estabelecer um sistema de controle de acesso à informação, de modo a garantir a integridade dos dados e a segurança das operações. Este sistema deve ser capaz de identificar os usuários e autorizar o acesso às informações de acordo com as necessidades de cada um.

... a possibilidade de se estabelecer um sistema de controle de acesso à informação, de modo a garantir a integridade dos dados e a segurança das operações. Este sistema deve ser capaz de identificar os usuários e autorizar o acesso às informações de acordo com as necessidades de cada um.

... a possibilidade de se estabelecer um sistema de controle de acesso à informação, de modo a garantir a integridade dos dados e a segurança das operações. Este sistema deve ser capaz de identificar os usuários e autorizar o acesso às informações de acordo com as necessidades de cada um.

... a possibilidade de se estabelecer um sistema de controle de acesso à informação, de modo a garantir a integridade dos dados e a segurança das operações. Este sistema deve ser capaz de identificar os usuários e autorizar o acesso às informações de acordo com as necessidades de cada um.

... a possibilidade de se estabelecer um sistema de controle de acesso à informação, de modo a garantir a integridade dos dados e a segurança das operações. Este sistema deve ser capaz de identificar os usuários e autorizar o acesso às informações de acordo com as necessidades de cada um.