

A aplicação da lei penal no tempo segundo o Direito português*

JOSÉ LOBO MOUTINHO

SUMÁRIO: 1. Evolução da questão: a) Das origens à independência do Brasil 2.b) Da Independência do Brasil à actualidade 3. A legislação vigente 4. Os princípios que regem a matéria e sua justificação 5. O *tempus delicti* 6. Âmbito do problema 7. O princípio da irretroactividade ou *tempus regit factum* 8. O princípio da retroactividade da lei penal mais favorável 8.1. Generalidades 8.2. A distinção entre sucessão de leis penais e novação da lei penal 8.3. Aplicação da lei mais favorável e caso julgado 8.4. Outros aspectos 9. A aplicação no tempo de nova lei sobre prescrição do procedimento criminal 10. Observação final.

* O texto que agora se publica corresponde, com algumas alterações, àquele que serviu de base à comunicação apresentada em 20 de Setembro de 1993 nas I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito e Processo Penal que tiveram lugar na Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa. Ao texto acrescentaram-se, não só as correspondentes notas, como ainda, em cursivo mais pequeno, alguns desenvolvimentos das questões afloradas na comunicação e cuja publicação não pareceu inteiramente descabida.

1. Evolução da questão

a) Das origens à Independência do Brasil

A feliz circunstância de a presente comunicação se fazer no seio de um encontro luso-brasileiro facilita-me algum tanto a tarefa no que respeita à questão que importa versar em primeiro lugar, ou seja, às origens e evolução da ordem jurídica portuguesa na matéria.

Basta, quanto a esse aspecto, notar que, como escreve SILVA FERRÃO na *Theoria do Direito Penal*, oferecida a D. Pedro II, Imperador do Brasil, documentando-se com decreto de 1695, a irretroactividade da lei penal “foi sempre o espírito da nossa legislação antes mesmo do regime constitucional”¹, coisa que não espanta se nos recordarmos de que assim se passou ainda com a legalidade, de que a irretroactividade constitui aspecto ou corolário.

Nega-se, por vezes, que o princípio tenha tido qualquer consagração até ao liberalismo, pelo menos no sentido que veio modernamente a adquirir².

Analisando a evolução histórica do princípio da reserva de lei em matéria penal, VOLKER KREY, embora sem deixar de analisar os seus antecedentes, apresento-o como um fruto do pensamento jurídico iluminista, quer em geral³, quer no que respeita aos quatro princípios em que ele se desdobra, a saber: a proibição do Direito consuetudinário⁴, a proibição de retroactividade da lei penal menos favorável⁵, a proibição de analogia⁶ e a proibição de leis indeterminadas⁷.

¹ *Theoria do Direito Penal applicada ao Codigo Penal Portuguez, comparado com o Codigo do Brazil, Leis Pátrias, Codigos e Leis Criminaes dos Povos Antigos e Modernos*, III, Lisboa: Typographia Universal, 1856, pág. 8. A irretroactividade aflora já num alvará de 18 de Setembro de 1521, de D. Manuel, muito embora, ao que parece, limitadamente aos factos começados a acusar (cfr. DUARTE NUNES DO LIÃO, *Leis Extravagantes*, Lisboa: Ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, reprodução “fac-simile” da edição “princeps” de 1569, fol. 171, v^o). O verdadeiro sentido desse alvará não é, todavia, claro apenas em face do resumo que dele nos dá DUARTE NUNES DO LIÃO. Certo é que se tratava do problema que hoje diríamos ser de alteração do regime penal (e não de incriminação *ex novo*).

² Cf. TERESA BELEZA, *Direito Penal*, I, 2^a Ed., Lisboa: AAFDL, pág. 400 e TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra: Coimbra Ed., 1990, pág. 36.

³ *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlim/Nova Iorque: W. de Gruyter, 1983, pág. 12.

⁴ *Op. cit.*, págs. 41 e segs..

⁵ *Op. cit.*, págs. 54 e segs..

⁶ *Op. cit.*, págs. 73 e segs..

⁷ *Op. cit.*, págs. 87 e segs..