

LEX MITIOR E VACATIO LEGIS
Um caso de impossibilidade jurídica

ADAUTO ALONSO S. SUANNES
Juiz do Tribunal de Alçada Criminal
em São Paulo

1. Aníbal Bruno, diante da chamada periculosidade presumida (que atribui ao réu culpa pela sua não readaptação social, olvidando que a sociedade não dispõe de mecanismos efetivos para isso, sem considerar-se o caráter eminentemente criminógeno dessa mesma sociedade, como dizia Roberto Lyra), ponderava que “um espírito mais realista, no Direito, conduziria naturalmente a não admitir por absoluta essa presunção e preferir o exame aprofundado de cada ocorrência, do agente e das condições em que num e noutro caso delinqüiu, para daí concluir sobre a existência ou não da real perigosidade” (1).

Magalhães Noronha, por seu turno reconhecia, com pés na realidade, a condição de sobrepena que tem entre nós a chamada “medida de segurança”: “é ela sanção penal, como é a pena. Certo que esta concepção não é pacífica, mas cremos que ontologicamente não se distinguem pena e medida de segurança. A diferença entre elas, antes que de “qualidade”, é de “quantidade” (2).

Estudando a relação entre Constituição e Processo Penal, ensina José Frederico Marques: “três são os princípios fundamentais que dimanam da vigente Constituição Federal, no tocante à Justiça Penal — a) o princípio da tutela jurisdicional; b) o princípio do devido processo legal; c) o princípio do juiz natural”. Daí tira ele as conseqüências: “o sistema acusatório, “a bilateralidade do contraditório”, a tutela imediata do direito de liberdade através do ‘habeas corpus’ são decorrências daqueles postulados estruturais para mais realçar e garantir a força imperativa com que são consagrados através das normas constitucionais” (3).

Como encara ele a imposição de medida de segurança à luz de tais princípios?

(1) *Direito Penal*, tomo III do vol. I, pág. 122.

(2) *Curso de Direito Processual Penal*, n. 177.

(3) *Elementos de Direito Processual Penal*, tomo I, n. 144.

"O juízo de periculosidade recai sobre uma lide derivada do conflito entre o interesse sancionador do Estado e o *ius libertatis* do réu e acusado. Necessário é, portanto, que eles se estruturam, processualmente, obedecendo, desse modo, às regras do contraditório e preservando, sempre, a plenitude do direito de defesa" (4).

Sobre o conteúdo da palavra "sempre" por ele empregada não pode haver dúvida: "se a imposição de medida de segurança for pedida ou determinada em virtude de "periculosidade presumida", a imputação descreverá os fatos ou circunstâncias de que depende a presunção, tudo conforme o que vem exposto nos diversos itens do artigo 78 do Código Penal" (5).

Aliás, o artigo 417 do Código de Processo Penal, quando cuida dos requisitos essenciais do libelo, contempla a necessidade de conter ela "a indicação da medida de segurança aplicável".

Dai o entendimento de que se o libelo não contiver referência a isso, mesmo tratando-se de periculosidade presumida, não é possível a aplicação da medida (6).

Se ontologicamente não há diferença entre denúncia e libelo (com a diferença única de que o libelo pressupõe anterior denúncia, como abertura do *judicium accusationis*, agora concentrado no julgamento específico do Tribunal do Júri, onde, tanto quanto nos demais procedimentos, o princípio do contraditório deve estar assegurado), que motivos justificariam tratamento diferenciado?

Somente, *data venia*, uma inaceitável, por isso que anacrônica, visão do Juiz togado como um ente acima das garantias constitucionais do réu.

Esse "autoritarismo processual", que o mesmo Frederico Marques liga à inspiração fascista (7) do Código de Processo Penal deforma o papel do Juiz, que existe para assegurar os direitos e as garantias fundamentais do réu e não para suprir as deficiências dos guardiães da sociedade.

2. A jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo vem-se destacando pelo repensar constante da base constitucional das garantias dos réus e do papel do processo penal como garantia do exercício daquelas garantias. O chamado "due process".

Dai dizer-se que "é indispensável, tanto no caso de periculosidade real, como de periculosidade presumida, a imputação do

(4) ob. cit., tomo III, n. 784.

(5) idem, n. 787.

(6) TJSP Revista dos Tribunais, 514/316, 524/365, 463/339.

(7) Elementos, tomo IV, n. 940.

Juízo de periculosidade", para que a aplicação da medida de segurança tenha lugar (8).

Mais: ainda que feita a imputação, não se dará a aplicação da medida de segurança sem que antes seja o réu submetido a exames específicos, pois a presunção legal de perigosidade, não pode levar à aplicação automática da medida, mas exige do Juiz, diante das garantias constitucionais, que faça as diligências necessárias à verificação da presença ou não efetiva da perigosidade meramente presumida (9).

3. A recente Lei n. 7.209, de 1984, que modificou substancialmente a parte geral do Código Penal, contudo, vem de eliminar a medida de segurança como sobrepena.

A questão ética que se coloca é a seguinte: se, com a entrada em vigor das novas disposições penais, em janeiro de 1985, não mais haverá medida de segurança a não ser para os réus inimpugnáveis (total ou parcialmente), pode-se indeferir benefício prisional a alguém baseando-se em medida de segurança que deverá ter seu cumprimento iniciado após aquela data?

O artigo 2.º do Código Penal reza que a lei nova se aplica aos processos já decididos quando, "de qualquer forma", beneficia o réu.

Dir-se-á, porém, que a lei nova ainda não entrou a vigor e que durante a *vacatio legis* a situação fática ainda está regida pela lei revogada.

Ora, a *vacatio legis* não é um tempo destinado à maturação da lei, ou uma espera de algum ato de modificação dela. A lei está pronta, completa. Destina-se a *vacatio legis* tão-somente às adaptações necessárias a que as modificações introduzidas pela *lex nova* contem com o aparelhamento indispensável à sua aplicação e a torná-la conhecida.

Se a lei nova descrimina condutas, é necessário esperar o vencimento da *vacatio legis* para que quem cumpra pena em razão de condenação por tais condutas seja posto em liberdade?

Simplesmente imperdoável, portanto, que o legislador não tivesse disposto que, naquilo que não depende de regulamentação, nos dispositivos passíveis de aplicação imediata (tal como a soltura dos imputáveis que se encontram sob medida de segurança detentiva), tivesse a *lex nova* aplicação imediata.

Como tal não se deu e como entre nós não é incomum que a entrada em vigor da nova lei possa ser adiada ou mesmo pro-

(8) Tacrim Julgados 76/231, rel. ROCHA LIMA.

(9) Em tal sentido, Tacrim Julgados 76/62, rel. SILVA FRANCO.

traída ao infinito, permaneceria a gritante injustiça: discute-se um tema que, a rigor, não mais tem razão de ser.

4. Dir-se-á, então, que, diante da ineficácia da lei nova, dependente esta da entrada em vigor, não se pode aplicar a nova disposição durante a *vacatio legis*, pois, à evidência, durante tal lapso de tempo, continua a vigorar a lei antiga.

Tal afirmação não é tranqüila.

Na doutrina pátria, embora se note o espírito civilista que orienta nossos constitucionalistas, tanto José Afonso da Silva (10) como Vicente Ráo (11) admitem hipóteses onde a lei nova se aplica durante a *vacatio legis*.

E no campo criminal, onde estão em jogo bens de valor superior, tal como a liberdade humana?

"A lei, desde que existe, lei é; todavia, raramente a lei começa de incidir e ser aplicável desde que existe. Se, nela mesma, publicada a 1.º, ou noutra, do dia 1.º, se diz que 'entrará em vigor no dia 12, há, necessariamente, lapso entre sua publicação, no dia 1.º e sua vigência, de modo que surge a distinção conceptual entre existência e incidência da lei" (12).

Quando a Constituição fala em "lei posterior", não refere a lei posterior vigente. Logo, deve-se concluir que ela alude a lei posterior existente. Existindo lei posterior mais benéfica, incide a norma constitucional, pois não seria aceitável que o legislador ordinário restringisse, por imprudência, imprevidência ou atrevimento, o preceito maior da norma constitucional.

No Chile uma questão semelhante foi levantada porque a lei, ao aludir à incidência da *lex nova*, não falava em vigência nem em publicação, mas em promulgação. Luis Cousiño Mac Iver, dando conta da discussão que lavrou nos tribunais sobre aquela distinção, afirma explicitamente:

"de resultas de lo dicho, creemos que el precepto en análisis significa que la ley posterior más benigna debe recibir aplicación desde el momento en que ella se encuentre promulgada y haya sido publicada, "aun cuando esté pendiente el prazo de su vigencia" (13).

Ora, o artigo 2.º do nosso Código Penal deve interpretar-se à vista do contido no § 16 do artigo 153 da Constituição Federal.

(10) *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*, pág. 231.

(11) *O Direito e a Vida dos Direitos*, n. 245.

(12) PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, tomo I, § 4.º, 6.

(13) *Derecho Penal Chileno*, tomo I, § 35 — *retroactividad de la ley penal*.

Aliás, o preceito constitucional é de conteúdo mais amplo do que a norma penal (14).

Se o preceito da aplicação da *lex mitior* retroativamente é de índole constitucional, resulta óbvio que o legislador ordinário não no pode restringir. Como dizia Beling, "o poder outorgado para criar o Direito que o legislador detém em suas mãos não é um poder inteiramente ilimitado. O povo presume certas valorizações como tão fundamentais que o legislador não se acha autorizado a fixar normas que vão contra elas. Aqui, portanto, é fixado um limite ao dever de obediência à lei em nome de valorizações fundamentais dominantes no seio da população. Mas isto há de também, evidentemente, refletir-se sobre a aplicação judicial do Direito" (15).

E nem se aluda a uma abstrata "vontade do povo". Este, através dos seus representantes, vem de modificar a sistemática vigente, reconhecendo a insustentabilidade do chamado duplo-binário (cumulação de pena e medida de segurança), eliminando o discutível princípio de imposição de restrição de liberdade em razão de mera presunção de perigosidade, alvo de sérias críticas da doutrina mais preocupada com a constitucionalidade do processo criminal (16). O preceito constitucional e a lógica exigiam que a abolição da medida de segurança em relação aos plenamente imputáveis não ficasse subordinada ao prazo da *vacatio legis* (a abolição deve ser considerada uma realidade presente e não futura, pois é o resultado de uma reflexão sobre a situação social de hoje e não de amanhã).

Que motivos haveria para que diverso fosse o tratamento do tema, a não ser o evidente descuido do legislador?

5. Argumentar-se-á, entretanto, que não constituiria novidade se a nova lei jamais entrasse em vigor, como já ocorreu justamente com lei penal.

Tal argumento, claramente *ad terrorem*, assenta-se na desconsideração da ordem natural das coisas. Em primeiro lugar, *vacatio legis* não é um período destinado a que o legislador pondere sobre uma lei já aprovada e publicada; sua finalidade é

(14) Cf. CELSO DELMANTO, *Código Penal Anotado*, ref. ao artigo 2.º, revogação, reportando-se às lições de ANIBAL BRUNO, BASILEU GARCIA, DAMÁSIO DE JESUS e PONTES DE MIRANDA.

(15) *apud* SERGIO GISCHKOW PEREIRA, *Interpretação Jurídica e Aplicação do Direito*, in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 12, n. 1/2, pág. 192.

(16) Cf. ALBERTO SILVA FRANCO, *Presunção Normativa de Periculosidade e Garantias Constitucionais*, in *ADV — Advocacia Dinâmica, Seleções Jurídicas*, dezembro de 1983.

específica: permitir o conhecimento da lei nova e dar tempo às adaptações necessárias à sua aplicação.

Pergunta-se: tratando-se de **abolitio criminis**, que providências serão necessárias para que aquele que esteja respondendo a processo tenha cessado tal constrangimento? Ou aquele que se encontra preso seja posto em liberdade?

É caso a nova lei nunca entre em vigor? Em sendo assim, os efeitos produzidos durante a **vacatio legis**, por isso que supedaneados em preceito constitucional, permanecerão, pois o direito subjetivo incorporou-se ao patrimônio jurídico do beneficiário.

Um último possível argumento deve ser enfrentado: aqui, não se trata de **abolitio criminis** mas de autêntica **abolitio poenae**.

Realmente, diante da identidade entre pena e medida de segurança, em nível ontológico, como anotava Magalhães Noronha, até mesmo aqueles que não aceitam tal identidade acabam por reconhecer que, dado o caráter aflitivo de certas medidas de segurança, considera-se mais benéfica a nova lei que lhe dá tratamento mais brando (17).

Diante de todo o exposto, temos que, dado o caráter de garantia constitucional do cidadão, o princípio da aplicação aos réus criminais da **lex mitior** não pode sofrer protraimento, que ocorreria se se aguardasse o vencimento da **vacatio legis** para sua incidência.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em mais de uma oportunidade (18), vem de afirmar que a Lei n. 7.209, de 1984 é de aplicação imediata naquilo que beneficia os réus, tal como quando exclui a possibilidade de aplicação de medida de segurança a réu imputável e quando elimina do artigo 110, § 2.º, do Código Penal, a restrição segundo a qual "a prescrição de que trata o parágrafo anterior importa tão-somente em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal".

Especificamente sobre imposição de medida de segurança, ponderou-se: "por força da regra contida no inciso I do artigo 82 do Código Penal, a medida de segurança detentiva imposta ao apelante teria a sua execução postergada para data posterior ao início de vigência da Lei n. 7.209, quando não poderá ser efetivamente executada, por ter sido eliminada da legislação brasileira. Em consequência, a manutenção daquela imposição constituiria

(17) cf. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *A Lei Penal no Tempo*, Revista do Superior Tribunal Militar, n. 1, 1975, pág. 59.

(18) (cf. Verificação de Cessação de Periculosidade n. 131.852, de São Paulo, julgada em 1.º de agosto de 1984; Apelação n. 305.463, de São Paulo, julgada em 7 de agosto de 1984).

manifesta violação da lei, a saber, precisamente do artigo 5.º da Lei n. 7.209, uma vez que, ignorando a disposição nele contida, atribuiria ultra-atividade às normas do Código Penal vigente por ela revogadas.

Anote-se, ainda, que a prescindir do argumento extraído do princípio da **lex mitior** em matéria penal, por se tratar de medida de segurança, a outra conclusão não se pode chegar, em face do artigo 75 do Código Penal, pois a lei vigente ao tempo da execução da medida de segurança em causa nestes autos, a Lei n. 7.209, não autoriza a manutenção daquela sanção" (19).

(19) Apelação n. 369.807/5, julgada em 20 de agosto de 1984, voto vencedor do Juiz ARAÚJO CINTRA.