



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

NOEMI DA SILVA ARAÚJO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA *VACATIO LEGIS* NA LEI
PENAL BENÉFICA**

**Brasília
2014**

NOEMI DA SILVA ARAÚJO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA *VACATIO LEGIS* NA LEI
PENAL BENÉFICA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Humberto
Fernandes Moura.

**Brasília
2014**

NOEMI DA SILVA ARAÚJO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA *VACATIO LEGIS* NA LEI
PENAL BENÉFICA.**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Professor Humberto
Fernandes Moura.

Brasília,

BANCA EXAMINADORA

Humberto Fernandes Moura
Orientador

José Carlos Veloso Filho
Examinador

Marcus Vinicius Reis Bastos
Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo sobre a viabilidade da incidência do princípio da retroatividade da lei penal benéfica no período, compreendido como *vacatio legis*. Trata-se de pesquisa dogmática, cuja as principais técnicas são revisão bibliográfica e ponderação de princípios. Investiga-se, ainda, os efeitos negativos da *vacatio legis* sob a vida daqueles que estão com a liberdade restringida pela mão *puniendi* do Estado. Logo, essa restrição de liberdade estendida e mantida pela aplicação da *vacatio legis* fere o maior de todos os princípios – a dignidade da pessoa humana. Diante disso, defende-se a inconstitucionalidade desse instituto, frente a coexistência de *lex mitior*, ou ainda, a produção, pelo legislativo, de norma que respeite a aplicação imediata do princípio da retroatividade penal benéfica.

Palavras-chave: *Vacatio Legis*. *Lex Mitior*. Princípio da retroatividade penal benéfica. Inconstitucionalidade. Liberdade.

SUMÁRIO

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| INTRODUÇÃO | 5 |
| 1 O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA FRENTE A VACATIO LEGIS: CONTEXTUALIZAÇÃO E ANÁLISE | 7 |
| 1.1 Considerações iniciais..... | 7 |
| 1.2 Princípio da legalidade | 7 |
| 1.2.1 <i>Princípio da retroatividade penal</i> | 14 |
| 1.3 <i>Vacatio Legis</i> | 25 |
| 2 A INCONSTITUCIONALIDADE E A CONSTITUCIONALIDADE DA VACATIO LEGIS FRENTE UMA LEI PENAL BENÉFICA | 31 |
| 2.1 Notas Gerais | 31 |
| 2.2 A inconstitucionalidade da <i>vacatio legis</i> | 32 |
| 2.3 A constitucionalidade da <i>vacatio legis</i> | 48 |
| 2.4 Considerações finais..... | 52 |
| CONCLUSÃO | 54 |
| REFERÊNCIAS..... | 57 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho repousa entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, na ocasião em que faz análise da constitucionalidade da *vacatio legis* na lei penal benéfica. A tônica da questão permeia nas seguintes inquições: a implementação da *vacatio legis* (art. 1º da Lei de Introduções ao Direito Normativo Brasileiro) em uma lei penal benévola (art 5º, XL, da Constituição Federal) prejudica seus jurisdicionados? A aplicação simultânea do art.1º da LINDB e do art 5º, XL CF gera conflito de regras e colisões de princípios? A adoção desse instituto infraconstitucional (art.1º, LINDB) gera prejuízos àqueles submetidos a *mão puniendi* estatal, visto que a *lex mitior* é apta a afastá-la?

O interstício entre a publicação e o início da vigência da norma, chama-se *vacatio legis* ou *tempus vacationes*. Sob a ótica desse instituto, salienta-se que a publicação da *novatio legis*, ainda que *in mellius*, não ocasiona a manifestação pronta dos efeitos dessa nova lei. Esta estará submetida a um período de dormência até o seu termo inicial de obrigatoriedade.

Dessa forma, o objetivo geral dessa pesquisa acadêmica é investigar se a sistemática da *vacatio legis* frente a natureza beneficiadora da *novatio legis in mellius* deve persistir. Para tanto, o estudo conceitual acerca do *tempus vacationes*, dos princípios constitucionais da legalidade e da retroatividade penal benéfica, será imprescindível.

Tem-se como problema de pesquisa a seguinte questão: a aplicabilidade da *vacatio legis* diante de uma *novatio legis in mellius/abolitio criminis* pretende garantir a segurança jurídica do sistema de normas ou, apenas, servir de mecanismo desviante da incidência imediata do princípio da retroatividade penal benéfica?

Para a resolução do problema, será utilizada, principalmente, a técnica da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a fim de analisar o tema e os conceitos operacionais a ele relacionados. Tais conceitos operacionais referem-se

ao instituto da *vacatio legis*, princípio da retroatividade penal benéfica, princípio da legalidade, princípio da segurança jurídica

O estudo acadêmico a ser desenvolvido e construído a cada capítulo da pesquisa, cada qual revelando os objetivos específicos do trabalho.

No primeiro capítulo, serão identificados e conceituados os princípios que envolvem a problemática central, a fim de entender, posteriormente, com base na Teoria dos direitos Fundamentais, desenvolvida por Robert Alexy, os conflitos de regras e colisões de princípios desencadeados da aplicação simultânea dos seguintes dispositivos: art.1º, LINDB e art.5º, XL, CF.

O segundo capítulo será dedicado à análise dos possíveis prejuízos ao condenado preso, decorrentes da implementação da *vacatio legis* no advento de uma lei penal benéfica. Buscará também esclarecer que, pelo próprio sistema garantista, a natureza beneficiadora, tanto do *tempus vacationes* quanto do princípio da retroatividade penal benéfica. Em seguida, apresentar-se-á e ilustrar-se-á as duas correntes a respeito do tema nuclear, a inconstitucionalidade e a constitucionalidade da *vacatio legis* face uma lei penal benéfica.

Nas considerações finais, será feita uma reflexão sobre os capítulos da monografia, nos quais todas as teses apresentadas conduzirão a assunção de uma das correntes coadunadas no segundo capítulo. E, verificar a procedência da ideia do título do presente trabalho: a inconstitucionalidade do instituto que prevê a *vacatio legis* diante de uma *novatio legis in melius*.

Ante isso, deduz-se tratar de monografia dogmática, vez que o cerne do trabalho está embasado em pesquisas bibliográficas e em conceituações operacionais a respeito da temática. Além disso, o estudo da pesquisa será firmado no conhecimento teórico acumulado sobre o tema, bem como na sua interpretação principiológica.

1 O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE PENAL BENÉFICA FRENTE A *VACATIO LEGIS*: CONTEXTUALIZAÇÃO E ANÁLISE

1.1 Considerações iniciais

O estudo sobre a viabilidade da incidência do princípio da retroatividade da lei penal benéfica no período, compreendido da publicação da *lex mitior* ou da *abolitio criminis* até a data de início de sua vigência, intitulado *vacatio legis*, demanda algumas compreensões conceituais.

Logo, neste primeiro capítulo, faz-se necessário analisar e contextualizar o princípio da legalidade, o da retroatividade benéfica e o instituto da *vacatio legis*. Por certo que o objeto central da pesquisa é a apuração da inconstitucionalidade da *vacatio legis* face a uma lei penal benévola.

As ponderações sobre a aplicabilidade imediata da norma mais benéfica serão a demanda principal do presente trabalho, ainda que a *vacatio legis* tenha amparo no ordenamento infraconstitucional vigente.

Assim, procura-se analisar se a utilização da *vacatio legis*, como óbice da pronta incidência da norma tenra, consubstancia um instrumento de desvio à própria essência do princípio da retroatividade penal benéfica.

1.2 Princípio da legalidade

Admitindo-se a existência de um princípio basilar e essencial do Direito Penal, indubitavelmente o princípio da legalidade seria mencionado, visto que impõe limites a atuação do Estado durante todo o processo criminal e censura a existência de um governo caprichoso e dotado de arbitrariedade.

O marco inicial de existência do princípio da legalidade não é certo, entretanto, por tratar de expressa garantia de liberdade dos cidadãos, supõe-se seu nascimento da conversão do Estado Natural ao Estado Civil, com o contrato social, em virtude dos ideais iluministas que se realçavam a partir do século XVIII. Pela primeira vez, a vontade geral deslocou-se da esfera passiva para ativa da sociedade a fim de expressar seus anseios por intermédio da norma, da lei. A lei, dessa forma,

passa a concretizar a vontade popular, exteriorizada por seus representantes, consoante previa o contrato social.¹

Nesse sentido, impende citar aquilo que Cesare Beccaria prescreveu:

[...]em um conjunto de leis escritas, nunca poderá uma sociedade adotar uma forma de governo fixa, na qual a força esteja posta no corpo político e não nos que compõem esse corpo; em que as leis não possam ser alteradas nem destruídas pelo entrecocar-se de interesses particulares, nem serem reformadas senão pelo consenso unânime.²

O princípio da legalidade surge, então, da substituição do “governo dos homens” pelo “governo das leis”, o qual, constituído por pequenas parcelas de liberdade, pretende adstringir o direito de punir estatal, senão vejamos:

[...] cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir o restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania na nação (...) A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito, constitui usurpação e jamais um poder legítimo³

É nessa linha que Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, atestaram haver dois significados a esse princípio : um político e outro técnico.⁴

O alcance político do princípio da legalidade está intimamente relacionado a repartição dos poderes. Simboliza o predomínio do Poder Legislativo, enquanto órgão representativo popular, face aos outros poderes estatais.

¹ BUSATO, Paulo César; HUPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.148-149; BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus,1992, p. 57.

² BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Traduzido por Torriberi Guiamarães, 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 25.

³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Traduzido por Torriberi Guiamarães, 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 19-20.

⁴ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.152.

A priori, a edição de leis se limita a competência do legislativo, isto é, veda-se a administração pelo Executivo contra a vontade geral expressa e o julgamento e aplicação do direito pelo Poder Judiciário além do baliza da lei.

Contudo, apesar da superioridade da Assembleia Popular Nacional, inviável é sua exclusividade na elaboração das leis, uma vez que se torna impossível regular todos os conflitos jurídicos encaixados no contexto social. Dessa forma, é crível a classificação de reservas legais: reserva absoluta, reserva relativa, reserva geral, reserva substancial, reserva formal da lei.⁵

Ressalte-se, portanto, que, no âmbito penal, ao princípio da legalidade importa a reserva absoluta da lei, a qual representa a competência de regulação absoluta do Legislativo e a proibição de remissão de outras fontes; a reserva geral, que prevê a normalização das matérias de modo amplo e geral, face a reserva especial; e a reserva substancial, estatuída por mandato da Constituição.

O postulado da Reserva legal, para Luiz Luisi, impresso no artigo 5º XXXIX da Constituição Federal⁶, prega a construção de um Estado como mero garantidor e protetor dos direitos dos homens. Nasce da gênese do iluminismo e da resistência ao absolutismo, a fim de assegurar uma margem de ação ao indivíduo. Permissão de proceder livremente, salvo nos casos em que a lei censura. “Dentre esses direitos se insere o da Reserva Legal, ou seja: somente a lei, e anteriormente ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, e a pena a ele aplicável”.⁷

Por outro lado, certo é que o significado e alcance técnico do princípio da legalidade aduz que sem uma lei que o haja declarado previamente punível, nenhum fato pode merecer uma pena do Direito Penal. Deduz, assim, que esse princípio pressupõe certa anterioridade das leis e das penas, isto é, prega a garantia criminal (*nullum crimen sine lege*) e penal (*nullum poena sine lege*), as quais impedem a imputação de um delito ao cidadão sem haver lei anterior aos fatos

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 425.

⁶ art.5º, XXXIX, CF. “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁷ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 19.

que o defina e a aplicação de penas incondicionadas a norma prévia que as determine.⁸

Desdobram-se também a garantia jurisdicional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*) e a garantia de execução. A primeira assegura a dependência da condenação do cidadão à existência de uma sentença pronunciada por um órgão jurisdicional, subjugada aos padrões legais. A segunda reafirma aquilo pronunciado pelo artigo 10º do Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos: “toda pessoa privada de sua liberdade será tratada humanamente e com respeito à dignidade inerente ao ser humano”. Assevera a execução da pena dentro dos limites alvitados na lei.⁹

Por força de imperativos constitucionais, art.5º, inciso XLVIII¹⁰, XLIX¹¹ e L¹², evidencia-se que a garantia da execução legal está abarcada pelo postulado da Reserva Legal.¹³

Além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente fixadas pode ser processado e condenado¹⁴

Deve-se obtemperar, portanto, que tanto no âmbito político, quanto na dimensão técnica do princípio da legalidade há expresso garantismo ao cidadão, na relação cidadão e Estado; desmerecendo a precedência do poder punitivo do Estado.

Outra forma de estimar a lei, produto do Estado regido pelo princípio da legalidade, é categorizando-a em *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* e *lex stricta*.

⁸ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1999, p.77.

⁹ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.78.

¹⁰ “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

¹¹ “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

¹² “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

¹³ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. São Paulo: Editora Sergio Antônio Fabris, 1989, p.66-67.

¹⁴ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 23.

Da premissa que atravanca a punibilidade do agente quando imprevista em lei escrita (*lex stricta*), conclui-se que o Direito penal é exclusivamente positivo. Os costumes e princípios gerais do direito não podem armar e embasar a punibilidade, mas tão somente provir como elementos valorativos inerentes a norma. Servindo, muitas vezes, de sustentáculo para exclusão da responsabilidade penal; causas de justificação.¹⁵

A lei escrita, à razão da garantia da segurança jurídica, deve ser prévia aos fatos regidos por seus efeitos. A *Lex praevia* reporta-se a anterioridade legal, ao empecilho da retroatividade das leis penais, quando malélicas. A força da norma penal está adstrita a sua vigência, à um lapso temporal com peso histórico e político de uma sociedade.¹⁶ Logo, a mão punitiva estatal lançada a uma conduta, sem uma estampa social prévia de seu desvalor, desenha a arbitrariedade que o princípio da legalidade pretende desconstituir.

Entretanto, a retroatividade da lei penal mais favorável não objeta as pretensões desse princípio, uma vez que se comparece mais auspiciosa, inibindo qualquer capricho estatal e assegurando maiores âmbitos da liberdade. Nesse tempo, Nucci arrazoou :

Abre-se exceção à vedação à irretroatividade quando se trata de lei penal benéfica. Esta pode voltar no tempo para favorecer o agente, ainda que o fato tenha sido decidido por sentença condenatória com transito em julgado (art.5º, XL,CF;art.2º CP, par. único).¹⁷

O postulado em tela, a fim de reiterar a segurança jurídica do cidadão frente o artifício do estado de penalizar, manifesta a necessidade que a lei seja certa, clara, concisa e extenuante (*lex certa*). Por certo que a indeterminação e indefinição das condutas puníveis e dos comportamentos delitivos pela norma, atravancam a construção de um limite de interpretação jurisdicional numa situação concreta-casualista.

Não pode o cidadão ficar à mercê do intérprete. A lei deve ser categórica e taxativa. Esse raciocínio foi abraçado por Beccaria, na sua contribuição

¹⁵ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.79.

¹⁶ JESUS, Damásio E. **Direito Penal**, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 60.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial, 6. ed. São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2009, p. 79.

“Dos delitos e das penas”: “com leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável”. E “isso é útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime”¹⁸

Beccaria assevera também:

Ora o magistrado, que é parte dessa sociedade não pode com justiça aplicar a outro participe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão¹⁹

Segundo Luiz Luisi, “sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias”²⁰. Esse axioma “decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, poste que fixado com certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei”²¹

O artigo 5º, II, da Carta Magna, contextualizadamente, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Assim, pelo dispositivo constitucional, a vagueza do tipo penal é censurado, uma vez que coloca o cidadão em posição de extrema insegurança. A tipificação aberta e obscura não permite às marcações limítrofes entre o que se deve deixar de fazer e o que se permite praticar.

À vista dessas salvaguardas, tira-se que a vedação da analogia no ambiente penal, quando maléfica. Figura-se que a lei é a única via de criação de crimes, excluindo como fontes imediatas a doutrina, os princípios gerais do direito e os costumes; fontes mediatas do direito penal. Analogia é a extensão da aplicação da lei em um caso similar ao legislado; diferente da interpretação extensiva que

¹⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Traduzido por Torriberri Guiamarães, 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 23.

¹⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Traduzido por Torriberri Guiamarães, 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 20.

²⁰ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 24.

²¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 25.

implica na aplicação da lei de um fato situado fora da abrangência literal, mas sem estar fora do senso legislado. Isto posto, infere-se que somente a interpretação extensiva e a analogia em *bonam partem* são legitimadas na interpretação penal, já que constituem restrições a punibilidade. Possuem fito de amparar o acusado, ampliando analogicamente as atenuantes e causas excludentes de punibilidade²²

Ante o exposto, não é prescindível, sobre uma perspectiva interpretativa desse quinhão legal, o olhar sobre as fontes do Direito Penal.

Consoante arrazoadado, a fonte do Direito Penal é primordialmente a lei formal; a produção do legislador federal, art.22, I, CF, de regras do sistema político democrático, art.1º, par. único, CF.

Pontifica-se, em matéria penal, em nosso regime institucional, não existe outra fonte do direito a não ser a lei. Os costumes, a jurisprudência e a doutrina podem ter influência mais ou menos diretas na sanção e modificação das leis, mas não são fontes do Direito Penal.

Dessa forma, justifica-se a divisão em fonte formal imediata e fonte formal mediata. Fonte imediata: lei. Fonte mediata: costumes, jurisprudência, doutrina a princípios gerais do direito.

Costumes não dizem direito, isto é, possuem função subsidiária e influenciadora. São práticas reiteradas em um contexto social, norteadas por uma necessidade jurídica. Isso porque a simples reiteração constante e uniforme de regras de conduta não tem caráter de exigibilidade. Então, demonstram-se, assim como os princípios gerais do direito, como fontes secundárias do Direito Penal, quando possuem condão de beneficiar o réu. Nesse sentido, Bitencourt estatui:

Conquanto não haja unanimidade na doutrina, o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* impede que qualquer outra fonte crie e comine sanções penais. Esse mesmo fundamento impede que o costume sirva de elemento integrador das leis penais na hipótese de lacunas.²³

²² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal:** fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 170-172.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral 1, revista ampliada e atualizada de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.181.

Obtempera-se que o princípio da adequação social manifesta criminalização ou descriminalização de condutas socialmente adequadas ou reconhecidas²⁴. Tal conjectura não tem dom de revogar tipos penais incriminadores, contudo, propõe ao legislador uma adaptação do Direito Penal ao contexto temporal e espacial que será acomodado.

Já a jurisprudência, apesar de não criar o direito, dizem-no. É a repetição de decisões interpretativas, com importância na consolidação e pacificação das decisões dos tribunais.

Por último, a doutrina sistematiza a lei penal, de forma a facilitar sua interpretação e aplicação. Entretanto, não é fonte formal do direito penal. É de grande utilidade na interpretação da lei, estudando-a desde o nascedouro, acompanhando-a na evolução, examinando os elementos jurídicos e metajurídicos que informam.

1.2.1 *Princípio da retroatividade benéfica*

A sucessão de leis penais norteia-se pela presença de dois princípios genéricos: o da irretroatividade da lei incriminadora e o da retroatividade da lei benéfica. Posto que ambos tem escopos similares, almejam lucrar a justiça real, inexecuível e em vão seria tentar unificá-los (*reductio ad unum*), uma vez que assumem posições paralelas.²⁵

A irretroatividade das leis é a regra. Corolário dos princípios da legalidade e da irretroatividade das leis, compreendidos em todas as normas de direito material, a lei penal no tempo é *tempus regit actum*; sua incidência se prostra a fatos praticados durante sua vigência.

A oposição roteirista da regra fere o mandamento contido no artigo 1º do Código Penal e no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, os quais predispõem, respectivamente, que "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal" e "não há crime sem lei anterior que o defina,

²⁴ TIRONI, Rommero Cometti. **O princípio da legalidade no direito brasileiro**. Revista Ciência Jurídica. Belo Horizonte, p.189-208, jul./ago. 2009.v148, p. 192.

²⁵ COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.38.

nem pena sem prévia cominação legal". A ausência desse regramento indicaria o desamparo da segurança e da liberdade individual, visto que estaria autorizado punir fatos, tidos como lícitos na ocasião de sua prática.²⁶

A regra procura preservar a segurança jurídica do cidadão frente às ações corrosivas do tempo, as quais não deixam escoar qualquer ato humano, não perdoam sequer aqueles com reflexos jurídicos.

Consoante todas as formas de expressão de vida, a lei penal possui três momentos: nascimento, vida e morte.²⁷

A concepção de segurança jurídica, portanto, está cravada na existência de uma lei escrita, geral e abstrata. Malgrado, essa percepção pode ser avariada e abalada pela sucessão ininterrupta de Leis, que obedecem, por tantas vezes, mais a interesses políticos à uma cuidada logística, respaldada pela Ciência Jurídica.²⁸

Logo, o sistema penal rege-se pela impossibilidade, em regra, de transcendência da força normativa das leis avante às fronteiras de sua existência.

Destarte, a segurança jurídica, como fundamento de estabilidade do sistema e visando posição tutorial do cidadão, tolhe a institucionalização de mecanismos incriminadores que aspiram atingir condutas pretéritas e impunes a valoração jurídica social²⁹ anterior.

Os efeitos da lei penal estão confinados aos seus marcos de existência, isto é, não compreendem episódios elucidados antes de seu nascimento ou depois de sua morte no mundo jurídico. Equipolente é a inteligência de NUCCI:

Não haveria qualquer sentido em se sugar efeitos de lei completamente dissociada, no tempo, do fato delituoso. Fugiria à lógica sistêmica aplicar um lei editada hoje a um caso ocorrido há

²⁶ JOPPERT, Alexandre Couto Joppert. **Fundamentos de Direito Penal**: aplicação da lei penal, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.49.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 23. Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 100.

²⁸ VASCONCELOS, Miguel Páris. **Da Estabilidade do Ordenamento Jurídico**. Verbo Jurídico, 2008. Disponível em <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/outros/estabilidade-ordenamento-juridico.html>> Acesso em 25. maio.2014.

²⁹ FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.106.

décadas, cuja sanção penal aplicou-se à época e foi devidamente cumprida.³⁰

A reprovação das leis *ex-post facto*³¹ estriba-se em fundamento constitucional (artigo 5º, XL, da Constituição Federal): “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, haja vista que o princípio da legalidade possui intento claro de: “a) impedir que alguém seja apenado por um fato que na época de seu cometimento não era delito nem era punível ou perseguível; b) proibir que seja aplicada a quem cometer um delito uma pena mais pesada que a legalmente prevista na época de seu cometimento”.³²

O princípio constitucional da irretroatividade da lei penal é gizado pelo artigo XI. 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948: “Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”.³³

O efeito irretroativo das leis penais está adstrito àquelas leis malélicas e prejudiciais aos interesses do cidadão, do acusado. O princípio da irretroatividade só tem vitalidade em relação às leis mais severas. Assim, a lei penal incriminadora é irretroativa: não retroage, nem tem ultratividade.³⁴

A irretroatividade *in pejus* da lei penal possui dois alicerces: um de caráter publicista, que compreende e ratifica os direitos individuais frente o arbítrio estatal, uma vez que há vedação expressa da coação inibitória de fatos ditos como lícitos no momento em que se perfazem; e o outro de ordem político-criminal, o qual evidencia incoerência lógica e sistêmica na existência de punibilidade preventiva,

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.139.

³¹ CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de Leis Penais**, 3ª edição. Coimbra: Coimbra, 2008, p.37.

³² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.216.

³³ BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948**. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em 16 maio. 2014.

³⁴ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 79.

isto é, a sanção de conduta que ao seu tempo de prática radiava-se na esfera da licitude.³⁵

Nesse sentido, o princípio da irretroatividade penal *in pejus*, cujo senso é assegurar os princípios da segurança jurídica- do *favor libertatis* -, da reserva legal e da taxatividade, é instituído.³⁶

Assim, com fulcro no art. 5º, XXXVI e XL, ao indivíduo assevera-se direito adquirido de realizar aquilo não proibido pelo mandamento penal e, logo, não amargar sob pena além da cominada.³⁷

Malgrado, tal princípio só persiste mediante uma lei mais rigorosa. Pois, o direito abraça a hipótese retroativa da nova lei benévola.

O aspecto *in mellius* da nova norma deve atingir e alcançar a todos, a fim de evitar qualquer distinção ou segregação em uma sociedade que prega a isonomia material dos cidadãos. Assim, não há razão na reclusão dos propósitos benéficos de uma *novatio legis* ao seu período de vigência, quando há indivíduos sofrendo com a mão punitiva estatal mais severa, amparada por lei anterior ou posterior.

Para mais, mencione-se:

A lei nova, mais benigna, exterioriza a consciência jurídica geral sobre aquele fato, entendendo que sua punição deve ser mais branda. Se o próprio Estado reconhece que a pena antiga era muito severa, havendo necessidade de atenuá-la, demonstra renúncia ao direito de aplicá-la, não podendo alegar a teoria do direito adquirido em favor da continuação da punição com o plus do qual abriu mão.³⁸

Isto posto, sobre um enfoque profícuo e positivo da norma constitucional, deve-se admitir a extratividade dos dispositivos penais benignos. Opera-se no sentido de que sempre que a lei trazer uma perspectiva vantajosa, em qualquer sentido, aplicar-se-á.

³⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral- arts.1º a 120, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.197.

³⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.142.

³⁷ GERNICCHIARO, Luiz Vicent; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direto penal na Constituição**,3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.64.

³⁸ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral, 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112.

A extratividade, que por sua vez, visa demonstrar a incompatibilidade e injustiça do referencial da lei anterior e busca atender os ideais de liberdade, de justiça, de equidade e de humanidade trazidos pela nova postura valorativa social do fato³⁹ logo, estará adstrita a *novatio legis in melius*: se anterior, opera-se com ultratividade; se posterior, opera-se com retroatividade.⁴⁰ Ultratividade significa a adoção dos efeitos da lei vantajosa revogada a fato delituoso posterior, isto é, a incidência de lei penal benéfica, já revogada, a fato ocorrido após seu período de vigência. Retroatividade traduz a possibilidade de uma norma, ora vigente, recair a fatos calhados em momento anterior.⁴¹

Portanto, a obrigatoriedade da *lex praevia*, salvaguarda do princípio da anterioridade penal, com fito de conduzir o prévio conhecimento geral da nova postura rigorosa do Estado frente situações pontuais posteriores, destina-se exclusivamente às normas censurantes e incriminadoras. A existência da lei penal benéfica afasta a incidência dessa regra. Por certo que a aplicabilidade da lei que por qualquer óptica orienta à um benefício é imediata.

A primeira aparição do princípio da retroatividade benéfica, em legislação penal brasileira, convergiu-se à edição, em 1890, do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil; após Código Criminal do Império. O seu artigo 3º prescrevia: “A lei penal não tem efeito retroactivo; todavia, o facto anterior será regido pela lei nova: a) se não fôr considerado passível de pena; b) se fôr punido com pena menos rigorosa”. Ulteriormente, a premissa da retroatividade da lei penal com fito de beneficiar adquiriu vulto constitucional no Brasil, a partir da Constituição de 1934, a qual, no seu artigo 113, preconizava que: “A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu”.⁴²

Embora com caráter excepcional, o princípio da retroatividade da lei mais benigna está impresso de forma clara na atual Constituição Federal de 1988,

³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.198.

⁴⁰ TIRONI, Rommero Cometti, **O princípio da Legalidade no Direito Penal Brasileiro**, 2009. Revista Ciência Jurídica, julho/agosto, v.148, ano XXIII, número 148, p.203.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.101.

⁴² BORGES, Paulo César Corrêa. Princípio da retroatividade benéfica. RBCCRIM: **Revista brasileira de ciências criminais** - v.13 n.56, Belo Horizonte, p.189-208, set. / out. 2005, p.161.

na proposição do art. 5º, XL, “salvo para beneficiar o réu”, com feitiço absoluto, sem qualquer restrição.⁴³ Isto traduz que a lei penal, sempre que positiva, tem retroatividade, ainda que tenha havido condenação definitiva. trânsito em julgado da sentença.⁴⁴

Dessarte, o dinamismo das leis no tempo conduz à necessidade de harmonizar, no direito intemporal, o princípio “*tempus regit actum*” e o da “incidência de lei posterior a fatos pretéritos”, sempre que benévola. Entre os quais, o primeiro deve ceder espaço ao segundo, ao passo que, em situações esporádicas, a nova norma denotar melhora.

Já que a superveniência de lei que modifica hipóteses em que o Estado pode e deve se imiscuir na esfera de bens jurídicos, significa considerável mudança na análise do delito. “Se as agências políticas passaram a considerar contraindicada uma ingerência dessa magnitude- ou de outra qualquer- não tem sentido que o juiz a habilite só porque era considerada razoável no momento em que o autor cometeu o fato”. Além disto, rememora-se que “o princípio republicano de governo exige a racionalidade da ação do estado e esta é afetada quando, pela mera circunstancia de que um indivíduo tenha cometido o mesmo ato com anterioridade a outro, seja tratado com mais rigor”.⁴⁵

A doutrina apura certa dificuldade em mensurar, com clareza, a norma mais benéfica ao indivíduo. Afora imprevisto conceito de *lex mitior* no Código Penal atual, o de 1969, em seu louvável artigo 2º, §2º, revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, alinhava: “para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato”. Isso porque, a análise isolada das normas capacita a ponderação dos aspectos benignos e incriminadores das novas regras.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.232.

⁴⁴ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p.29.

⁴⁵ ZAFFARONI, E.Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.216.

Conquanto revogada, a operação ordenada mostra-se, mesmo hodiernamente, apta a revelar não só a lei mais favorável, mas também a solução mais proficiente ao réu.

[...]A primeira das questões deve ser resolvida renunciando-se a qualquer critério apriorístico em favor do exame individualizado do caso concreto. A complexidade dos elementos passíveis de serem levados em consideração, bem como seus reflexos diretos ou indiretos na economia do delito ou em suas repercussões penais, produzindo benefícios para o réu, sugerem um método hipotético de ensaio e erro, através do qual, formuladas e cotejadas as variantes possíveis, optar-se-ia pela solução menos gravosa ao réu. O resultado dessa operação, que revela a *lex mitior*, deve representar uma redução, quantitativa ou qualitativa, na intervenção punitiva concreta[...]⁴⁶

Bem assim, a jurisprudência já orientou:

A Constituição Federal reconhece, no art. 5º, inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.⁴⁷

Oportuno também é estabelecer as fronteiras até as quais a extração benéfica das leis penais pode encostar, uma vez que não há razão em pregar a retroatividade ou a ultratividade quando o fato ilícito sobreveio em momento anverso ao da lei benévola e o próprio interesse estatal de puni-lo se desvaneceu.

Dessarte, o lapso entre a consumação do fato delituoso e o termo do desvelo do Estado por sua repreensão afigura-se terreno habilitado para extratividade profícua. Isso porque perdurante a vida do poder punitivo estatal, busca-se a lei penal mais adequada à proporcionar vantagens ao indiciado,

⁴⁶ ZAFFARONI, E.Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.214.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Quinta Turma. **HC 124598/ SP**. Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 29.mar.2009.

acusado, réu ou sentenciado face sua posição hipossuficiente na relação cidadão-Estado.⁴⁸

O poder-dever de punir nasce concomitantemente a prática do fato delituoso e cessa com a satisfação da pena-sanção pelo condenado. A conclusão dessa linha temporal pelo indivíduo, que outrora foi condenado, mas perdeu sua condição de infrator perante o Estado, está ressocializado, não tem condão de assegurar benefício superveniente fincado em nova lei, visto que o direito desse cidadão esmaeceu-se no tempo conjuntamente à garantia de reparação do erro praticado.

A mobilidade da lei penal verifica-se, portanto, em dois casos: na edição de lei penal benévola posterior a prática do fato e, para mais, pretérita ao termo da pretensão punitiva (retroatividade); ou na manutenção dos efeitos da lei que vigorava à época do fato, ao trâmite processual, quando há superveniência de norma mais gravosa. (ultratividade).

Elucidam a motilidade da norma penal auspiciosa, os cenários seguintes:⁴⁹

1- Do investigado: na hipótese de supressão da figura criminosa, conduz-se para o simples arquivamento do inquérito policial, prescindindo, portanto, a extinção da punibilidade, visto que não há suspeito oficial nos autos.

2- Do indiciado: quando tratar de superveniência de *abolitio criminis*, procede-se pelo arquivamento do inquérito policial com fulcro no art. 107, III, do Código Penal⁵⁰, por juiz competente, em virtude da extinção da punibilidade do fato. Todavia, a sucessão de lei benévola pode denotar possível atenuação da pena em abstrato para o cálculo da prescrição (art. 109, CP)⁵¹ Assim, caso a

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.138.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.140.

⁵⁰ “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso.”

⁵¹ “Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro

prescrição em abstrato efetiva-se, perante a nova lei, ocorrerá a extinção da punibilidade motivada pela prescrição ou simples arquivamento do inquérito.

3- Do réu:

a- Durante o trâmite processual: havendo abolição de crime imputado ao réu, verifica-se imediata extinção da punibilidade, art. 107, III, Código Penal. Por outro lado, apontando-se lei penal vantajosa e essa nada interferir a contagem da prescrição, deve-se aguardar momento da sentença para concessão do novo benefício.

b- Após sentença, em fase de recurso: na ocorrência de *abolitio criminis*, o próprio Tribunal competente para analisar a matéria em sede recursal deve proceder pela extinção da punibilidade. Do nascimento de lei benévola, decorre a aplicação do proveito ao réu pelo Tribunal, quando do julgamento do recurso, reformando decisão condenatória. Contudo, presente apenas recurso da acusação, o Tribunal pode conceder *habeas corpus* de ofício para recompor sentença condenatória.

c- Após o trânsito em julgado da sentença: a instituição de lei responsável pela abolição do crime, a execução da pena deve ser estancada imediatamente, procedendo também pela extinção da punibilidade, competência do juiz da vara de execuções. A súmula 611 do Supremo Tribunal Federal preceitua que “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna”. Assim, a competência de reestruturar, in casu, a sentença condenatória é do juiz da execução penal.

Depreende-se, desta forma, da sucessão das leis penais no tempo, hipóteses de abolição do crime (*abolitio criminis*); de incriminação de condutas, reputadas lícitas no regime legal pretérito (*novatio legis incriminadora*); de cognição superveniente prejudicial ao indivíduo (*novatio legis in pejus*) e de implantação de um cenário punitivo mais vantajoso ao indivíduo-réu (*novatio legis in mellius*).⁵²

anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano. VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010). Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

⁵² GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**, 5. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.11.

À matéria da retroatividade interessam a *abolitio criminis* e a *novatio legis in mellius*. *Abolitio criminis*, também denominada como descriminação, cifra-se em dispositivo posterior que não mais considera crime, condutas, que antigamente, eram dotadas de reprovabilidade. Converte fato classificado, no passado, como infração penal em indiferente penal. Possui natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade, prenunciada pelo artigo 107, III do Código Penal.⁵³ No mais, quanto seus efeitos:

Se determinado crime é excluído, através de lei posterior, da tipologia dos fatos delituosos, por ingerência lógica do princípio da legalidade, ocorre a chamada *abolitio criminis*, que determina a retroação da lei mais nova aos fatos alcançados pela lei anterior, fazendo cessar prontamente a execução da pena, se ainda houver, bem como o desaparecimento de todos os efeitos exclusivamente penais decorrentes da condenação⁵⁴

Frise-se que o exaurimento da força penal da sentença condenatória implica na cessação tanto dos seus efeitos principais, “imposição de pena”, quanto dos efeitos secundários: revogação de livramento condicional (art.86, I e II, do CP)⁵⁵ e facultativa (art.87,CP)⁵⁶; reincidência (art.61,I, do CP)⁵⁷; e outros.⁵⁸

Anote-se também que os efeitos extrapenais não são compreendidos à força da *abolitio criminis*. A obrigação de reparar o dano (art. 91, I, CP)⁵⁹, por exemplo, tem potestade mesmo que cessados todos os efeitos penais da sentença penal condenatória. Contudo, por obviedade, o efeito civil da sentença só perdura se a lei que opera a descriminação aponta posteriormente ao transito em julgado da sentença, visto que, o nascimento de *abolitio criminis* durante o processo

⁵³ CAPOBIANCO, Rodrigo Julio. **Decisões Favoráveis a defesa**: penal e processo penal, 6. ed. São Paulo: Método, 2010, p.28.

⁵⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal**: projeções contemporâneas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, v.1, p.102.

⁵⁵ “Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível: I - por crime cometido durante a vigência do benefício; II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.”

⁵⁶ “Art. 87 - O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.”

⁵⁷ “art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime : I - a reincidência.”

⁵⁸ JOPPERT, Alexandre Couto. **Fundamentos de Direito Penal**: aplicação da lei penal, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2008, p.53.

⁵⁹ “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.”

implica na absolvição do acusado e, por conseguinte, na inexistência de título executivo crível a atacar o réu no âmbito cível.

Por último, a *novatio legis in mellius* é a lei que, de qualquer modo, sem suprimir o tipo penal, traz benefícios ao indivíduo-réu, modificando sistema penal anterior.

Ambas conjecturas situam-se estampadas na parte geral do Código Penal de 1940, no parágrafo único do seu art. 2º: "A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado". E preceituadas no artigo 2º, caput, do CP: "ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória"; consequência lógica do princípio da retroatividade penal.

A competência para aplicação da lei penal auspiciosa sujeita-se ao momento de seu nascimento. Assim, a aparição de lei benéfica após o trânsito em julgado da sentença condenatória, importa ao juiz da execução amoldar a nova lei à anterior situação fática do condenado. Deverá rever, sem necessidade de provocação, a decisão transitada em julgado; consoante artigo 13 da Lei de Introdução do Código de Processo Penal⁶⁰, art. 66, I, da Lei de Execução penal⁶¹ e a Súmula 611, STF. Pois, o cumprimento da pena sem a devida revisão criminal enseja a possibilidade de ajuizamento de ação de reparação de danos, desinente ao patente erro judiciário.⁶²

Entretanto, há vertentes doutrinárias que defendem que a competência é do tribunal, via revisão criminal, para ajustar a *lex mitior* ao caso concreto, quando esta for capaz de dismantelar a totalidade da decisão proferida. Nesse sentido, Alberto Silva Franco proclamou:

[...] em casos desta ordem, a questão não deveria ser equacionada pelo juiz da execução penal, que não estaria sequer aparelhado, do

⁶⁰ "art. 13, da LICPP: A aplicação da lei nova a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível, nos casos previstos no artigo 2º e seu parágrafo, do Código Penal, far-se-á mediante despacho do juiz, de ofício, ou a requerimento do condenado ou do Ministério Público."

⁶¹ "art. 66. Compete ao Juiz da execução: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado."

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.106.

ponto de vista processual, para o exame da matéria. Entendimento contrário conduziria a transformas o juiz da execução penal num 'superjuiz' com competência até para invadir a área privativa da Segunda Instância, alterando qualificações jurídicas definitivamente estatuídas. A revisão criminal, esses casos, seria mais recomendável.⁶³

Por outro lado, se a *novatio legis in mellius* surgir antes da sentença ou após esta, em grau de recurso, o encargo para sua aplicação recai ao juiz da causa e ao tribunal que aprecia o recurso, respectivamente.⁶⁴

1.3 *Vacatio legis*

À impositividade da norma não se acata exceções. A lei, fundada no princípio da obrigatoriedade, impresso no artigo 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁶⁵, é oponible a todos. "Sujeitos à sua obediência e ao seu império todos os indivíduos, sem distinção de categoria social, de nível de cultura ou de grau de inteligência"⁶⁶.

Essa autoridade imperativa da lei decorre da materialização da sua força obrigatória.

[...] para que a norma venha alcançar esse estágio de perfeição, no qual se mostra completa e apta a cumprir a sua função social, obrigando a todos, no território nacional e onde lhe é reconhecida força imperativa, mister se faz que, elaborada pelos órgãos competentes, satisfaça, ademais, aos requisitos indispensáveis, para ter executoriedade, notoriedade e efetiva obrigatoriedade.⁶⁷

De fato, a existência jurídica da norma modula-se pela observância aos regramentos e às formalidades essenciais exigidas no direito positivo,

⁶³ FRANCO, Alberto Silva Franco. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte geral, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.54.

⁶⁴ JOPPERT, Alexandre Couto. **Fundamentos de Direito Penal**: Aplicação da lei penal, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.57.

⁶⁵ "art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece."

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 23. ed. Rio de Janeiro: forense, 2009, p. 100.

⁶⁷ ESPÍNOLA, Eduardo. **A Lei de introdução ao Código civil brasileiro** (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores), 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.34.

estampados na Carta Magna.⁶⁸ Não obstante, além da existência, a força executória da lei é imprescindível a sua capacidade de se fazer observar. Logo, a sua

⁶⁸ “art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública.

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º - Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 3º - A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

§ 4º - Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.”

promulgação, ato de competência do Executivo, lhe oferece autenticidade e executoriedade.

Ademais, a efetiva obrigatoriedade da lei exige um conhecimento prévio pelos indivíduos destinatários finais, uma vez que “enquanto o texto das leis não for um livro familiar, como um catecismo, enquanto elas forem, de maneira solene, mantidas como oráculos misteriosos, [...] estará dependendo de um pequeno número de homens que são depositários e interpretes das leis”.⁶⁹

Nesse contexto, verifica-se que para completa formação da lei há, no ordenamento jurídico vigente, a exigência de que ela seja publicada por órgão oficiais, a fim de que possa adquirir fé pública, autenticidade, reconhecimento social e obediência pelos seus destinatários, ainda que sua vigência não seja imediata.⁷⁰

Nota-se que uma lei pode ter completado seu ciclo de formação e ainda assim não ser vigente. Isso decorre, muitas vezes, da falta de coincidência entre a data da publicação e o momento que se inicia o seu vigor. Fato esse decorrente de deliberação arbitrária do legislador ordinário que vezes se deixa levar por questões de conveniência. Ora o legislador faz coincidir a data da publicação e entrada em vigor, quando entende desaconselhável ao interesse público um lapso de espera. Ora determina postergar o prazo de vigor da lei sob o fundamento de complexidade da norma e necessidade de ampla divulgação.⁷¹

Ao interstício entre a publicação e uma data posterior, para que a lei vigore e reclame obediência, nomina-se *vacatio legis*. Esse instituto tem seu fundamento jurídico no artigo 1º da LINDB, *in verbis*:

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

§ 1º Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.036, de 2009).

⁶⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Traduzido por Torriberri Guimaraães, 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 24.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada**, 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.47.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 97.

§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

§ 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

E de acordo com o fundamento jurídico da *vacatio legis* exposto verifica-se o impacto desse instituto em vários momentos no ordenamento jurídico brasileiro, a saber: cômputo do prazo da *vacatio legis*; prazo para entrada em vigor da lei no estrangeiro; obrigatoriedade da lei revogada durante a *vacatio legis*; aplicabilidade do prazo da *vacatio legis* a decretos e regulamentos; contagem de prazo em caso de incorreções e erros materiais que desfigurem o texto.

O lapso temporal, *tempus vacationes*, quando não estipulado pelo legislador ordinário, será único ou isocrôno em todo o território nacional, concretizando o princípio da vigência sincrônica materializado na nova Lei de Introdução, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. A antiga legislação, por outro lado, fixava intervalos distintos a depender da distância do local à Capital Federal, princípio da vigência progressiva, em vista à ineficácia dos meios de comunicação à época.⁷²

Assim, consoante legislação vigente, na falta de disposição expressa em contrário, a norma novidade ganhará vigência, em todo país, após transcorridos quarenta e cinco dias da sua publicação.

Urge esclarecer que a contagem do período da *vacatio legis* compreende tanto o *dies a quo* (dia da publicação), dia de início, como seu *dies ad quem*, último dia do prazo; pouco importando se o vencimento do prazo convergiu aos domingos ou aos feriados. Isso a Lei Complementar nº 95/98, antevista pelo art.59, parágrafo único, da Carta Magna, a qual modificou alguns dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), estatui:

Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão

§ 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da

⁷² ESPÍNOLA, Eduardo. **A Lei de introdução ao Código civil brasileiro** (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores), 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.34.

publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. (Incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)

§ 2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial'.

No tocante aos atos praticados no estrangeiro, mas aptos a produzir efeitos no território nacional⁷³, a impositividade da lei, sujeita a previsibilidade, submete-se ao prazo de três meses posteriores a sua publicação.

Cumpra obtemperar que “para ter a lei autoridade de preceito, ou norma de conduta, a que devam todos obedecer”⁷⁴, indispensável que, mesmo promulgada e devidamente publicada, perpassa o *tempus vacationes*. Logo, no intermédio da publicação e do termo inicial de seu vigor, as relações jurídicas regem-se ainda pela lei anterior, a qual a mais recente visa modificar, derogar ou revogar. Por consequência, condutas contrárias a *novatio legis*, praticadas nesse lapso de transição, não se consubstanciam como afronta ou fraude à lei. Pois, esses atos destinam-se a obstar a incidência de lei vigente, o que não se verifica, já que a nova lei aguarda a termo inicial de sua força obrigatória.

Sobre essa linha, Sílvio de Salvo Venosa aduz:

Ainda que promulgada e publicada, se estiver em curso o prazo de *vacatio legis*, o diploma não poderá ser aplicado, pois não tem eficácia. Somente não haverá esse interregno da *vacatio legis* quando a lei entrar em vigor na data da sua publicação. Uma lei pode revogar outra anterior. Nesse período ainda não entrará em vigor a lei nova e se aplica a lei antiga. Se a lei nova não dispuser sobre o início de seu prazo de vigência, só começará a vigorar, como visto, 45 dias após a data de sua publicação (art. 1º da LICC).⁷⁵

É mister esclarecer que a obrigatoriedade da nova regra, a depender de regulamentação, ficará suspensa até expedição desta pelo Poder Executivo. A vigência da norma, portanto, estará condicionada a publicação de regulamento

⁷³ “Quer no que diz respeito às atribuições de ministros, cônsules e demais funcionários de nossas representações diplomáticas, quer aos brasileiros ou estrangeiros que de alguma forma praticam atos que implicam reflexos jurídicos no Brasil, quer no que concerne aos princípios e convenções de direito internacional”. (Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 23. ed. Rio de Janeiro: forense, 2009, p. 99)

⁷⁴ ESPÍNOLA, Eduardo. **A Lei de introdução ao Código civil brasileiro** (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores), 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.34.

⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral, 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106.

reputado como necessário. Todavia, a condição suspensiva de autoridade da nova norma só tem incidência aos dispositivos carentes de regulamentação, nos estritos limites da necessidade. Assim, “se somente uma parte da lei depender de regulamento, somente a essa parte se aplica a regra”⁷⁶

Por fim, frisa-se que a existência de erros substanciais no texto da nova lei enseja sua republicação sanatória, visto que as incorreções na norma modificam seu sentido legal. Se tais falhas forem verificadas antes do início da vigência da lei, durante a *vacatio legis*, a nova publicação ocasiona novo lapso temporal para que o texto retificado se torne conhecido. Contudo, se as emendas ou correções advirem após o início de sua impositividade efetiva, consideram-nas novas leis, revogadoras.⁷⁷

⁷⁶ CLOVIS, Bevilaqua. **Theoria geral do direito civil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p.09.

⁷⁷ TENÓRIO, Oscar. **Lei de introdução ao código civil brasileiro**: decreto-lei n 4.657, de 4 de setembro de 1942. Rio de Janeiro: Imprensa, 1944, p. 40.

2 A INCONSTITUCIONALIDADE E A CONSTITUCIONALIDADE DA *VACATIO LEGIS* FRENTE UMA LEI PENAL BENÉFICA

O presente capítulo ocupa-se com a análise da constitucionalidade da *vacatio legis* na lei penal benéfica. Para isso, serão utilizados os conceitos operacionais das temáticas desenvolvidas no capítulo anterior, tais como: princípio da retroatividade benéfica, princípio da retroatividade e *vacatio legis*. Senão vejamos:

2.1 Notas Gerais

A lei penal, consoante todos os outros mandamentos normativos, possui quatro momentos em expressões jurídicas: sanção, promulgação, publicação e vigência. Sanção é ato do Chefe do Executivo, o qual aprova, confirma e solidifica a lei. Promulgação é o ato pelo qual confere existência a lei, proclama sua executoriedade e lhe atesta caráter de autenticidade. Publicação é o ato que torna o mandamento normativo de conhecimento geral. E, por fim, vigência é o ato que impõe obrigatoriedade a norma.⁷⁸

No Brasil, em regra, a publicação da lei não converge à data de início de sua vigência. Isso porque, no silêncio normativo quanto o termo inicial de obrigatoriedade, a lei entrará em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação.

Ao intervalo temporal entre a publicação e a efetiva vigência da lei intitula-se *vacatio legis*. Segundo o doutrinador Damásio de Jesus, esse instituto possui dupla finalidade: “possibilita que a norma seja conhecida antes de tornar-se obrigatória e, às autoridades incumbidas de fazê-la executar e às pessoas a que se endereça, a oportunidade de se prepararem para sua aplicação”.⁷⁹

Ressalte-se, portanto, que a *novatio legis*, quando submetida a um lapso de vacância, possui vida e existência, malgrado não se apresenta eficaz.

⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105.

⁷⁹ Jesus, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112.

Nesse período, a eficácia conserva-se na lei anterior. Isso porque só a vigência da lei traz a plenitude de seus efeitos.

O início da vigência marca o prelúdio da eficácia, a qual seu termo final está na cessação dessa mesma vigência, pela revogação. A eficácia está demarcada e delimitada pela entrada em vigor e cessação da vigência da lei. Desse modo, aquilo calhado fora desses limites não são alcançados pelos efeitos dessa lei.

Isto posto, surge o cerne da discussão que está na contraposição dos dispositivos: “A lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art.5º, XL, CF) versus “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada...” (art.1º, LICC).

Urge salientar que ambos institutos anseiam garantir um direito fundamental: o primeiro, através de uma norma constitucional fundamental, art. 5º, XL, visa assegurar a retroatividade penal benéfica das leis; o segundo, por meio de uma norma infraconstitucional, quer obter segurança jurídica, preceito também constitucional estampado no art.5º,XXXVI,CF. Um prima pela segurança jurídica, garantindo um prévio conhecimento da nova norma pelos seus receptores; e o outro possibilita o alcance da *lex mitior* àquele submetido a um sistema penal anterior mais penoso, perfazendo, assim, a garantia da retroatividade da lei penal, quando benéfica.

Nesse sentido, impende citar:

O termo inicial da vigência da lei, por conseguinte, deverá vir expresso no próprio texto legal e pode ser a data da publicação ou outra data posterior. No silêncio da lei será de quarenta e cinco dias. Na hipótese desse termo inicial recair em data posterior à publicação, o prazo compreendido entre a data da publicação e o início da vigência da norma jurídica será destinado à facilitação da sua divulgação e a adoção de providências tendentes ao seu cumprimento efetivo e a sua respectiva aplicação. É o chamado prazo de *vacatio legis*.⁸⁰

Nessa linha, é imprescindível também mencionar a ideia de princípio da retroatividade penal:

Abre-se exceção à vedação à irretroatividade quando se trata de lei penal benéfica. Esta pode voltar no tempo para favorecer o agente,

⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil**: teoria geral,8. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p.91.

ainda que o fato tenha sido decidido por sentença condenatória com trânsito em julgado (art.5º, XL,CF;art.2º CP, par. único).⁸¹

Por essas razões, depreende-se um conflito normativo e principiológico.

Para a nova lei benéfica, submetida a um lapso de divulgação e dormência, abranger, desde já, aqueles que estão sofrendo com a mão mais pesada do Estado, deve-se admitir uma cláusula de exceção ao art.1º da Lei de Introdução ao Código Civil, e ao mesmo tempo admitir a precedência concreta do princípio da retroatividade penal benéfica ante ao princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, aquiescer a qualidade impositiva da regra que acrava a *vacatio legis*, mesmo diante de uma nova norma penal positiva, a fim de obstar surpresas aos que à lei nova devam obediência, significa assentir que o princípio da retroatividade penal benéfica cede espaço ao da segurança jurídica e, portanto, que uma cláusula de exceção ao art. 5º, XL, CF é alimentada.

À vista disso, o conflito é o alvo central do estudo. Ora o enfoque desse conflito está no princípio da retroatividade benéfica, atestando a inconstitucionalidade da *vacatio legis*. Ora ele se concentra na segurança jurídica, patenteando a constitucionalidade da *vacatio legis*. Senão vejamos:

2.2 A inconstitucionalidade da *vacatio legis* frente a uma norma penal benéfica

Impera-se mencionar que “a retroação da lei penal mais benéfica é impositiva, conforme determina o artigo 5º, XL, da Constituição Federal”.⁸²

Desse modo, cite-se que:

[...]a retroatividade penal benéfica estatuída pelo art.5º, XL,CF, trata de verdadeira regra constitucional material de direito fundamental que visa a proteção da liberdade individual e, pois, norma jurídico-constitucional de **aplicabilidade direta e imediata**, produzindo todos os seus efeitos essenciais em relação à questão que o legislador constitucional quis regular, não admitindo quaisquer restrições em sua aplicação pelo interprete, que, em caso de dúvida, deve sempre optar pela interpretação que melhor proteja tal direito fundamental, concebendo tal processo hermenêutico constitucional como um

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial,6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 79.

⁸² BRASIL.Superior Tribunal de Justiça (STJ). Quinta Turma. **REsp.112995**. Rel. Edson Vidgal- .DJU 17.12.1999, p.391.

trabalho tendente a maximizar e otimizar a força expansiva e a máxima eficácia dos direitos fundamentais. (*grifo nosso*)⁸³

Assim, o princípio da retroatividade benéfica, enquanto princípio constitucional, deve possuir incidência imediata, uma vez que, congênere às outras garantias estampadas na Carta Magna, detém caráter jurídico-positivo. Afasta-se de qualquer princípio constitucional conteúdo meramente programático. Isso porque “o carácter jurídico-positivo dos princípios constitucionais não apenas os exclui da esfera de disponibilidade do legislador ordinário, garantindo a superioridade da Constituição, como também lhes empresta pronta eficácia”.⁸⁴

A marca da imediatidade na aplicação desses princípios não pode, portanto, ser rechaçada por nenhum aparato legal ou infra legal. Há expressa vinculação do legislador ordinário aos preceitos consubstanciados na Constituição Federal, os quais dispensam qualquer mediação legislativa para fins de ratificação.

Dessarte, face uma lei penal posterior profícua, sancionada, promulgada e publicada, o magistrado deve proceder pela sua subitânea aplicação, mesmo que o legislador ordinário tenha optado pela instituição da *vacatio legis*. Isso porque, da atenção à retroatividade benéfica e da sua imperatividade imediata, infere-se que, afora anterior o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, deve preceder o art. 5º, XL da Constituição Federal. Pois, prega-se uma postura infrutífera da *vacatio legis* frente uma lei posterior vantajosa, a qual cedo ou tarde tomará o lugar da lei prévia incriminadora.⁸⁵

O *tempus vacationes* tem como fulcro primordial a necessidade de que a lei promulgada se torne conhecida. Não faz sentido, portanto, que aqueles que já se inteiraram do teor da lei nova fiquem impedidos de lhe prestar obediência, desde logo, quando a seus preceitos mais brandos, em razão da retroatividade benéfica, mais cedo ou mais tarde isso teria que acontecer.⁸⁶

⁸³ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **Retroatividade Penal Benéfica**: a conjugação de leis penais sob ótica constitucional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, volume 19, n.88, jan./fev.,2011, p.160.

⁸⁴ FRANCO, Alberto Silva Franco. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte geral, 7. ed. Editora: Revista do tribunais, 2001, p.62.

⁸⁵ FRANCO, Alberto Silva Franco. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte geral,7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.63.

⁸⁶ SÃO PAULO (SP).Tribunal de Alçada de São Paulo (TACRIM-SP). Apelação Criminal. Rel. Ercílio Sampaio. Local: Revista dos Tribunais, nº 596/341.

Por certo que “diante de um conflito que exija o recurso à ponderação, os direitos fundamentais, previstos pela Constituição, devem preponderar sobre os demais enunciados normativos e normas”.⁸⁷

Tem mais, o desrespeito a pronta incidência da lei penal caritativa compromete o fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, e a expressão de uma nova era de garantias individuais; artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.⁸⁸

A dignidade da pessoa humana, garantia fundamental da ordem jurídica brasileira, apoia-se no dever de abstinência do Estado nas condutas que de qualquer modo suprimam a liberdade do indivíduo ou obstem a concretização de uma vida digna.

Outrossim, contrapondo a exigência de quietude estatal com fito de evitar privações às liberdades fundamentais, assevera-se também, para construção dessa concepção, a importância de uma postura ativa estatal, a qual deverá possuir caráter protetivo e garantidor de aspectos mínimos existenciais. Resume-se no encargo do Estado em viabilizar o acesso a saúde, alimentação, educação básica, isto é, condições mínimas para uma vida digna em sociedade; e em proteger o cidadão de arbitrariedades que possam alcançar e infringir suas liberdades.⁸⁹

Nesse passo, cumpre explicar:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.108.

⁸⁸ “Artigo 1º da CF- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.”

⁸⁹ GUERRA, Sidney e EMERIQUEO, Lilian Márcia Balmant. **Princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, p.379-395, Ano VII, Nº 9 – dez. 2006. p.386. Disponível em <<http://www.funorte.com.br/files/servico-social/13.pdf>> Acesso em 09.jul.2014.

destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁹⁰

A Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto San José da Costa Rica, em seu preâmbulo, assim, consolidou a essência e proporcionou um aspecto globalizado de um dos pilares do Estado Democrático de Direito:

Os Estados americanos signatários da presente Convenção, Reafirmando seu propósito de Consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de Liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem.⁹¹

Prossegue, em seu artigo 1º:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Para mais, “a dignidade da pessoa humana – da natureza humana- antecede, portanto, o juízo axiológico do legislador e vincula de forma absoluta sua atividade normativa, mormente no campo penal”. Dessa forma, “toda lei que viole a dignidade humana deve ser reputada como inconstitucional”.⁹²

Depreende-se, desta maneira, o espírito inviolável do rudimento que prega a dignidade do ser humano. Compreende-se tal preceito como firmamento não só da ordem jurídica, mas também dos outros princípios que regem a esfera penal. Nesse raciocínio, o descumprimento de qualquer preceito ou princípio penal, acarreta, indiretamente, clara violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.⁹³

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁹¹ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf> Acesso em 12 de maio 2014.

⁹² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.144.

⁹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.145.

Isto posto, contrabalanceando a conceituação daquilo consubstanciado como dignidade humana e a viabilidade da aplicação da *vacatio legis* na lei penal benéfica; se autorizada a subsunção do art. 1º da LICC à uma lei penal vantajosa posterior, conclui-se patente transgressão dos preceitos garantidores de liberdade. Isso porque a admissão da *vacatio legis* em lei tenra, que visa apaziguar a mão punitiva do Estado, significaria, mesmo que por um lapso temporal determinado, restrição de direitos e liberdades.

Assentir que a norma positiva subsequente, embora existente, deva se manter inerte por um período pré-fixado, significa congelar os proveitos dela derivados. Assim, o indivíduo sujeito às sanções e termos fixados pela lei mais gravosa anterior, ainda que frente a aparição de regra que lhe aproveite, encontrar-se-ia amarrado a exercer seu direito de liberdade e ficaria incapaz de materializar sua dignidade.

Além disso, não há alicerce na mera “vitrinização” de direitos e vantagens que não podem ser “consumidos” ou lucrados pelos seus destinatários.

É certo que o termo final do período de sonolência da norma corrobora pela vigência de seus efeitos. O fim da *vacatio legis* marca o prelúdio da execução da lei benévola. Dessarte, poder-se-ia questionar o porquê da discussão, visto que o lapso preceituado pelo art. 1º da LICC não obsta de modo absoluto a incidência da *novatio legis in mellius*, mas sim a condiciona a um termo.

Malgrado, deve-se atentar que a procrastinação na aplicação do benefício pode restringir o público receptor do novo dispositivo. O indivíduo-réu que quita sua pena no período da *vacatio legis* jamais será abarcado pelos termos profícuos da nova lei. Isso porque a extração penal não se interessa a casos que o poder punitivo estatal não mais reside, isto é, quando “perdeu-se no passado a infração penal, como também sepultou-se o resgate do erro praticado”.⁹⁴ Alude-se orientação jurisprudencial, nessa linha:

Penal. Pena acessória. Perda da função pública. Retroatividade da lei mais benigna (Lei 7.209/84)- A lei manda cessar a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.(Lei n.7.209/84, art.2º, par-único). –Estando exaurida a execução da pena por inteiro não cabe aplicar benefício. (Precedente do STF, RE 100.530, RTJ 122/222).-

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.139.

Pressupostos constitucionais de admissibilidade do Recurso Especial (CF, art.105, III, “A” e “C”) não demonstrados. – Recurso especial não conhecido⁹⁵

Oportunizar essa ótica, portanto, indica que a deliberação do legislador ordinário supera o próprio sustentáculo da República Federativa do Brasil. Como poderia admitir que uma norma infraconstitucional refuta clausula pétrea da Constituição Federal (art.1º, III, CF)? Seria lógico a continuidade de um dispositivo que prega, de maneira superficial, a segurança jurídica pelo preço da supressão de um regime universal de liberdades? O instituto da *vacatio legis* gerado com escopo de favorecer poderia assumir efeito oposto, aumentar o ônus?⁹⁶ Vale sacrificar ou retardar direitos à razão de um aspecto meramente formal?

A jurisprudência já experimentou essa problemática: o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tomou o lugar do antigo Código de Menores, em seu artigo 266⁹⁷ prevê *tempus vacationes* de noventa dias após a sua publicação.

Ressalte-se que o revogado Código de Menores dispunha que o menor em desvio de conduta ou autor de infração penal poderia ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determinasse o desligamento. Tratando-se de menor, avaliação periódica deveria ser realizada de dois em dois anos, para verificação da necessidade de manutenção da medida. Destarte, consoante o antigo artigo 41 da lei 6.697/79, o período de interdição não tinha limites temporais. O menor poderia ficar detido por tempo indeterminado, uma vez que o §3º, do mesmo artigo, preceituava que mesmo completando 21 anos, a medida seria mantida se constatado necessidade, e não houvesse declaração de cessação da medida.⁹⁸

⁹⁵ BRASIL.Superior Tribunal de Justiça (STJ). Quinta Turma. Recurso Especial (Resp.) 0003051 Decisão:15.08.1990 - .Relator: Ministro Edson Vidigal.

⁹⁶ GERNICCHIARO,Luiz Vicent e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direto penal na Constituição**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,1995, p.88.

⁹⁷ “art. 266. Esta Lei entra em vigor noventa dias após sua publicação. Parágrafo único. Durante o período de vacância deverão ser promovidas atividades e campanhas de divulgação e esclarecimentos acerca do disposto nesta Lei.”

⁹⁸ ~~Art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público. § 1º O menor sujeito à medida referida neste artigo será reexaminado periodicamente, com o intervalo máximo de dois anos, para verificação da necessidade de manutenção de~~

À vista disso, consideráveis e favoráveis foram as mudanças que o advento do atual Estatuto, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, ocasionou.

O artigo 228 da Constituição da República declama que o menor deverá ficar sujeito às normas estabelecidas na legislação especial. Logo, a nova “legislação especial” prescreve teto máximo de internação aos 21 anos. Ademais, adstringe prazo de reavaliação da medida e conduz a permanência da internação no prazo máximo de três anos:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária

Apesar dessas implementações benéficas do Estatuto da Criança e do Adolescente, há uma incoerência no seu artigo 266. Isso se deve a exigência de noventa dias, no dispositivo, em manter em estabelecimento de internação àqueles que já cumpriram medida socioeducativa por um período de três anos, ou que

~~medida. § 2º Na falta de estabelecimento adequado, a internação do menor poderá ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolada destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade. § 3º Se o menor completar vinte e um anos sem que tenha sido declarada a cessação da medida, passará à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais. § 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o menor será removido para estabelecimento adequado, até que o Juízo incumbido das Execuções Penais julgue extinto o motivo em que se fundamentara a medida, na forma estabelecida na legislação penal~~

completaram 21 anos. Isso foi arrazoado pelo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul- TARS, com relatoria de Vladimir Giacomuzzi:

“Lex mitior” e “vacatio legis” – Código de menores e Estatuto da Criança- Aplicação do princípio constitucional da benignidade – “A lei penal mais benigna, em razão dos princípios inscritos no art. 5º, XL e §1º, da CF, tem aplicação imediata, não se sujeitando ao período de *vacatio legis*. O Estatuto da Criança e do Adolescente, que revoga o Código de menores, muito embora esteja com suas regras sustadas em razão da **vacatio**, na parte em que beneficia o agente deve ser imediatamente aplicado, em razão da incidência do princípio constitucional da benignidade. Em razão desse entendimento, as pessoas internadas a mais de três anos ou que nesta situação tenham completado 21 anos de idade devem ser compulsoriamente libertadas”⁹⁹

Impera-se que a leitura literal do artigo 266 do ECA, a juízo da própria natureza da medida de internação, que é a privação de liberdade, implicaria direta afetação aos direitos fundamentais dos menores, enquanto cidadãos de direitos. O reconhecimento da suspensão dos efeitos da Lei nº 8.069/90, pelos noventa dias, após sua publicação, condicionaria a liberdade de muitos à um lapso temporal sem qualquer serventia pratica-funcional. Visto que os menores que preencheram os requisitos para o alcance da benesse teriam que aguardar mais noventa dias para usufruir da sua liberdade. Por essas razões, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul foi contrário à letra do artigo 266.

Ademais “não há dúvida, assim, de que o mencionado preceito constitucional da benignidade pode e deve ser desde logo aplicado, por se tratar, a espécie em julgamento, de matéria pertinente a direito fundamental do cidadão”.¹⁰⁰

Também deve-se obter o designo da norma. A *vacatio legis* é instituída a fim de que a norma seja conhecida e não surpreenda seus destinatários. Comunicar previamente às obrigações que poderão suceder, é sua serventia. Assim, constitui instrumento formal com fito de favorecer, de proteger. Todavia, o uso desse lapso temporal para prejudicar é insensato. Diante disso, a nova regra, benéfica à vista da substituída, deve incidir, desde logo, nas relações jurídicas constituídas no

⁹⁹ RIO GRANDE DO SUL (RS).Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal. Rel. Vladimir Giacomuzzi.Local:Revista dos Tribunais nº 667/330.

¹⁰⁰ RIO GRANDE DO SUL (RS).Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal. Rel. Vladimir Giacomuzzi.Local:Revista dos Tribunais (RT) nº 667/330.

tempus vacationes.¹⁰¹ “Tal tendência se explica pela prevalência do valor político do princípio da legalidade por sobre o valor lógico-procedimental da vigência das leis”.¹⁰²

Para mais, “mesmo a lei, em período de *vacatio*, não deixa de ser lei posterior, devendo ser aplicada desde logo”.¹⁰³

Cabe destacar que o ordenamento jurídico, em especial o direito penal, tende a sedimentar vantagens e benefícios ao acusado, uma vez que o sistema judiciário procura evitar o comprometimento dos direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados. Exemplifica-se: princípio do *in dubio pro reo*, princípio da legalidade, humanidade, individualidade da pena e princípio da retroatividade penal benéfica.

Além disso, importante descrever que baseado na tradição iluminista, com intuito de abraçar o mais fraco frente ao mais forte, acusado frente ao Estado, surge o estudo, bem-quisto na atualidade, do Garantismo Penal. Desenvolvido por Luigi Ferrajoli, professor italiano, essa corrente visa encontrar “ferramentas garantidoras de direito” capazes de limitar o poder soberano estatal, possuindo como alicerce os princípios e garantias fundamentais.¹⁰⁴

Frente a isso, não há razoabilidade na burocracia processual, em postergar o exercício do direito de liberdade àqueles que já preencheram os requisitos para sua obtenção.

Sendo assim, a *vacatio legis*, portanto, não pode servir de óbice para a aplicação imediata de institutos penais que sejam mais benéficos aos jurisdicionados, que estão inseridos ou na iminência de serem postos em cárcere.

Nesse contexto, é imperativo que a aplicabilidade da lei mais benéfica seja desde sua publicação. Pois, o âmago do princípio da retroatividade da lei penal benéfica, exceção ao princípio *tempus regit actum*, somado ao fato de

¹⁰¹ GERNICCHIARO, Luiz Vicent e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direto penal na Constituição**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.88.

¹⁰² ZAFFARONI, E.Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.216.

¹⁰³ COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.38.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez, Luiz Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785.

inexistência de direito adquirido do Estado de punir o criminoso com a pena mais severa (estampada na lei antiga) permite concluir que a lei benigna deve incidir a partir de sua publicação; sem interferências de lapsos temporais, condicionantes ao início de sua eficácia. Isso porque não há razão na protelação da concessão de um benefício consubstanciado na nova lei.

Admite-se, então, após uma análise dos dispositivos, que um conflito de regras é suscitado, uma vez que a implementação da norma infraconstitucional, que prevê a *vacatio legis* (art.1º, LICC), diante de uma *lex mitior*, nega princípios fundamentais do ordenamento jurídico que visam proteger a dignidade da pessoa humana.

De acordo com Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, “um conflito de regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma clausula de exceção que elimine o conflito, ou pelo menos uma das regras for declarada inválida”¹⁰⁵

Nesse ponto, a solução mais viável seria a admissão da *novatio legis in mellius* como cláusula de exceção à regra que prevê período de divulgação e conhecimento da norma.

Ademais, é irrefutável que há um encadeamento também de colisões de princípios. Segundo o professor Catedrático de Direito Público e Filosofia de Direito, supracitado, a resolução dessas colisões se dá de forma diversa ao das regras. Aqui, um dos princípios terá que ceder frente a precedência do outro, isto é, pelo sopesamento de tais princípios, determina-se a sobreposição daquele com maior peso e precedência.

Dessa forma, o instituto da *vacatio legis* disposto no art. 1º da LINDB, o qual gera uma segurança jurídica na sociedade, deve ceder frente ao princípio constitucional da retroatividade penal benéfica, que maximiza e otimiza a força expansiva dos direitos de liberdade individual.

Ressalte-se que esse princípio precedente não está discriminado apenas pela Constituição Federal, mas também é diplomado por Pactos Internacionais:

¹⁰⁵ Alexy, Robert. **Teoria do Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.92.

art.9. Princípio da legalidade e da retroatividade.

Ninguém pode ser condenado por ações e omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.¹⁰⁶

Nesse ponto, é imperioso traçar um comparativo entre o direito civil e o penal. No âmbito civil, que trata de interesses exclusivamente privados, há possibilidade da *vacatio legis* da norma ser afastada, a fim de que seus destinatários usufruam, desde logo, dos seus efeitos. Muito mais razões assiste a incidência dessa possibilidade no direito penal, que é a *ultima ratio* numa sociedade, dada sua capacidade de interferir no bem maior que um indivíduo pode almejar – sua liberdade.¹⁰⁷

Nessa linha, Alberto Silva Franco escreveu:

Se se permite, no campo civil, na *vacatio legis*, a vigência da lei nova em relação às pessoas a quem ela aproveite, desde que se trate de lei de interesse puramente privado, sobram razões para que, em igual período, no terreno penal, o réu processado ou condenado que estiver sendo favorecido pela lei nova, em seu direito de liberdade (bem jurídico muito mais valioso do que qualquer outro de caráter privado), dela também possa aproveitar-se. Além disso, a regra beneficiadora basta por si mesma, dispensando qualquer complementação para que o juiz possa acioná-la.¹⁰⁸

Além disso, “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”.¹⁰⁹

Ressalta-se que a falta de razoabilidade na aplicação imediata dos efeitos de uma lei benéfica, na vida de um indivíduo que dela dependa, é algo

¹⁰⁶ “Art.9º da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto San José da Costa Rica.”

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 23. ed. Rio de Janeiro: forense, 2009, p. 98.

¹⁰⁸ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte geral, 7ed. Edito: Revista dos Tribunais, 2011, p.64.

¹⁰⁹ SÃO PAULO (SP).Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (TACRIM- SPVCP). Rel. Adauto Suannes. Local: Revista dos Tribunais nº 589/ 329.

danoso não só do ponto de vista penal, mas também do ponto de vista político e administrativo.

Saliente-se que os efeitos da sentença penal condenatória classificam-se em penais, principais e secundários, e extrapenais, genéricos e específicos. Estes que ultrapassam os limites do terreno penal dá-se o título de efeitos extrapenais. Todavia, esses efeitos extrapenais por uma subdivisão conceitual intitulam-se: efeitos extrapenais genéricos, aqueles efeitos que dispensam motivação, pois são consequências automáticas da sentença e estão previstos no artigo 91 do Código Penal¹¹⁰; efeitos extrapenais específicos, carecentes de motivação, arrolados no artigo 92 do Código Penal¹¹¹. Por outro lado, aqueles, que são os efeitos penais, subdividem-se em principais e secundários.

O principal efeito penal é a aplicação da pena, seja ela privativa de direitos, restritiva de direitos, de multa, ou medida de segurança. E há também, na esfera penal, aqueles que coadunam consequências indiretas e secundárias, como: a revogação do livramento condicional, a revogação da suspensão condicional da pena, e a reincidência.¹¹²

¹¹⁰ Art. 91, CP - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. § 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

¹¹¹ Art. 92, CP - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública quando a pena aplicada for superior a quatro anos; II - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. III - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; IV - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

¹¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2012, p.651.

Além desses, os reflexos da condenação alcançam também negativamente exercício dos direitos políticos:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

Diante do exposto, constata-se que as consequências da sentença penal condenatória transitada em julgado assentam-se negativamente no âmbito patrimonial, administrativo e político do cidadão.

Dessa forma, a obrigatoriedade da norma vantajosa que visa evitar a produção ou propõe o estancamento desses efeitos negativos deve ser imediata. Pois, o atraso na aplicação da norma benévola viabilizará a existência de várias prolações de sentenças penais condenatórias, bem como o transito em julgado de tantas outras. Fatos esses que ocasionarão sequelas irreversíveis no patrimônio do indivíduo; como exemplo, a manutenção do dever de indenização na esfera civil. Ainda que reputado irrelevante o dano ao bem jurídico protegido na norma que está sob a *vacatio legis*. Nesse passo, cite-se:

No entanto, é importante ressaltar que diante da própria redação do art. 2º do CP, ocorrendo abolitio criminis somente cessam os efeitos penais da sentença condenatória, permanecendo intactos seus efeitos extrapenais. Dentre eles, o da obrigação de reparar o dano (art. 91, I, do CP).

Anote-se, todavia, que o efeito civil de tornar certa a reparação do dano (art. 91, I, CP) somente existe quando a abolitio criminis surge após o transito em julgado da sentença condenatória. Se ela ocorre, por exemplo, no curso do processo, em que não existe ainda a sentença condenatória definitiva, não há de se falar em título que legitime a execução do réu no cível, à medida que não se pode executar uma sentença que ainda não existe, e que, em face da abolitio criminis, nunca existirá.¹¹³

Em relação as consequências no campo administrativo, verifica-se que são elas: perda do cargo ou função pública; a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela; inabilitação para dirigir veículo. Esses efeitos, decorrentes de sentença definitiva prolatada no período da *vacatio legis*, poderiam

¹¹³ JOPPERT, Alexandre Couto. **Fundamentos de Direito Penal**: aplicação da lei penal, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.57.

ser evitados se ocorresse a vigência imediata da *novatio legis in melius* ou *abolitio criminis*.

Por fim, ressalta-se as consequências de ordem política na vida do indivíduo: perda de mandato eletivo e suspensão dos direitos políticos. Essa gera inelegibilidade. E aquela quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública ou quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Diante dessas consequências, destaca-se em primeira análise que a cidadania, especialmente o direito ao voto, consiste em um conjunto de direitos sociais e políticos do cidadão, independente da sua condição econômica, cultural ou mesmo moral. Não é um privilégio, mas sim um direito. Recai sobre aqueles que integram a sociedade e, portanto, estão sujeitos às suas leis.

O caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, nessa linha, prescreve nitidamente o senso de cidadania: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Dentre os direitos elencados no caput do artigo 5º da Carta Magna, a liberdade e a igualdade mereceram, pela sua essencialidade, as considerações da inteligência do reconhecido filósofo político, Norberto Bobbio:

Segundo Locke, o verdadeiro estado do homem não é o estado civil, mas o natural, ou seja, o estado de natureza no qual os homens são livres e iguais, sendo o estado civil uma criação artificial, que não tem outra meta além da de permitir a mais ampla explicitação da liberdade e da igualdade. Ainda que a hipótese do estado de natureza tenha sido abandonada, as primeiras palavras com as quais se abre a Declaração Universal de Direitos do Homem conservam um claro eco de tal hipótese: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. O que é uma maneira diferente de dizer que os homens são livres e iguais por natureza.¹¹⁴

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 28-29.

Ante isso, aceitar que a *vacatio legis* perdure mesmo diante de uma nova lei cuja repercussão seja tamanha a ponto de “devolver” os direitos políticos do condenado, seria anuir, ainda que por um lapso determinado de tempo, o entorpecimento dos direitos de igualdade e de liberdade dos indivíduos. O exercício da cidadania, direito coadunado na nova lei, estaria tolhido.

Isso porque quaisquer mecanismos de restrição do direito ao voto caracterizam-se antidemocráticos, já que impõem ao condenado, cada vez mais, sua exclusão da realidade social, sua condição de mero espectador da vida política, em vez de partícipe dela.

Dessarte, a lei que comporta os benefícios, que detém autoridade de “repor” os direitos do cidadão, frutos da cidadania, deve incidir prontamente. Pois, consoante a observação de Norberto Bobbio: “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los”.¹¹⁵

Nessa ótica, à vista das ponderações coadunadas, permite-se, sob um enfoque empírico, analisar também a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). O seu artigo 28, hodiernamente, não prevê pena àquele que detém droga para o consumo próprio (*lex mittior*). Entretanto, apesar de ser uma lei mais benéfica ao condenado, seu art.74¹¹⁶ preceitua que sua entrada em vigor é condicionada ao lapso de 45 dias, a partir de sua publicação.

Aprecia-se, portanto, que aqueles indivíduos submetidos a mão *puniendi* do Estado, naquele período de 45 dias, em virtude uso de drogas, não foram alcançados pelo benefício dessa nova lei, publicada em agosto de 2006.

Após a *vacatio legis*, contudo, a benesse trazida pela nova regra foi recepcionada pela jurisprudência nos seguintes termos:

I - A desclassificação operada na sentença do crime tráfico de drogas (Lei n. 11.343 /2006, art. 33, caput), para o de menor potencial ofensivo (Lei n. 11.343 /2006, art. 28 , caput c/c art. 61 da Lei n. 9.099/95) transfere a competência da Justiça Comum para o Juizado Especial Criminal, para onde o processo deve ser remetido, a fim de

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:6 Campus, 1992, p. 37.

¹¹⁶ “Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.”

que sejam, eventualmente, oferecidos ao acusado os benefícios da transação penal ou a suspensão condicional do processo previstos na n. Lei 9.099 /95. II - Outrossim, tendo em vista que o efeito extensivo previsto no art. 580 do CPP refere-se às hipóteses em que há concurso de agentes, no sentido de que o corréu também se beneficie do provimento judicial fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, os efeitos do presente decisum devem ser estendidos ao outro recorrente, haja vista a equivalência das situações jurídicas. Estabelece o art. 5º, caput, CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”¹¹⁷

Assim, por um critério equitativo, visando assegurar a liberdade fundamental de todos, e não de uma parcela específica, a mesma posição adotada após a *vacatio legis* deveria, à época, ser utilizada para aqueles já submetidos, no período de 45 dias, a um regime mais gravoso.

Pois, por um silogismo lógico, deveria ser inadmissível a utilização de uma norma infraconstitucional (art. 1º da LINDB) como desvio de incidência de uma norma constitucional que afirma um direito fundamental (art.5º da CF).

Ante todo o exposto, a inaplicabilidade da *vacatio legis* torna-se imperiosa e indispensável frente uma lei penal benévola, a fim de assegurar a valência do princípio constitucional da retroatividade benéfica, e a força da norma constitucional que o estatui. Portanto, uma cláusula de exceção ao artigo 1º da LINDB, a qual obstará os efeitos do *tempus vacationes* na lei penal mais vantajosa, deve ser fixada.

2.2 A constitucionalidade da *vacatio legis* frente a norma penal benéfica

A lei, no *tempus vacationes*, não possui eficácia, nem imediata, nem retroativa. Seus efeitos estão condicionados à sua data inicial de vigência. Antes desse termo, a lei ainda não senhoreia sua força, seu propósito. Vez que até sua

¹¹⁷ Santa Catarina (SC). Segunda Câmara Criminal . **Apelação Criminal 2010.030270-9 (TJ-SC)**. Relator: Salete Silva Sommariva. Data de Julgamento: 27/07/2011.

revogação poderá antever sua entrada em vigor.¹¹⁸ Essa é a regra que conduz o artigo 1º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro.

O efeito prognóstico da norma, na *vacatio legis*, não é certo. A vacância, “*plazo, inmediatamente posterior a su publicación, durante el cual no es obligatoria una ley*”¹¹⁹, além do seu intento de publicidade da norma, propõe também um ajuste da lei à sociedade. Assim, é crível a possibilidade de revogação do teor da lei antes mesmo de sua vigência, consoante ocorreu com o artigo 263 da lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o qual foi revogado pela Lei dos Crimes Hediondos em pleno período de *vacatio legis*.

A Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), de 13 de julho de 1990, no seu artigo 263, itens 4 e 5, alterou as penas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor quando a vítima era menor de 14 anos. Entretanto, o seu artigo 266 condicionou o início da vigência da lei após 90 dias a sua publicação (14.10.90). Durante a *vacatio legis*, entrou em vigor a lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), tratando dos crimes contra menores de 14 anos, em seu artigo art. 2º, I e II, §1º¹²⁰, de forma mais detalhada e severa. Por conseguinte, o estatuto entrou em vigor parcialmente revogado¹²¹ e, portanto, a lei nº

¹¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.83.

¹¹⁹ CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual**, 24. ed. Buenos Aires, Argentina: Heliasta, 1996, p. 298.

¹²⁰ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

¹²¹ Art. 263. O Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

1) Art. 121

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de catorze anos.

2) Art. 129

§ 7º Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º.

§ 8º Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121.

3) Art. 136.....

§ 3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de catorze anos.

4) Art. 213

8.072/90 passou a regular com muito mais profundidade a matéria de que trata o artigo 263, itens 4 e 5 do estatuto.

Desse jeito, à época, a jurisprudência também compreendeu:

PENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LEIS DOS CRIMES HEDIONDOS. PENÁ MÍNIMA COMINADA (ART. 6º). - A Lei 8072/90 revogou tacitamente o parágrafo único do art. 214 do CP, introduzido pela Lei 8.069/90, ao disciplinar de modo diverso as matérias referentes ao itens 4 e 5 do art. 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente, **sendo certo que este diploma legal não é anterior à Lei dos Crimes Hediondos, em razão do período de *vacatio legis***. - A norma inserida no art. 224, I, do Código Penal, é expressa no sentido de que sendo a vítima menor de 14 anos, a violência é presumida, pouco importando as suas condições individuais. - A circunstância de ter havido a anuência da menor na prática das relações sexuais não afasta a presunção de violência para a caracterização do estupro. - Recurso especial conhecido e desprovido.¹²²

Diante disso, testifica-se a importância da *vacatio legis* no ajustamento e acomodação da norma ao contexto fático e jurídico social. Pois, como admitir a propagação de efeitos de uma lei, imediata e retroativamente, se eventualmente ela nem sequer terá vigência?

É cediço que

a celeridade da vida não pode ser detida pelas muralhas de um direito codificado. Acontecimentos, ora na simplicidade da existência cotidiana, ora marcados pelos de maior gravidade, exigem novos comportamentos legislativos. Em consequência, um edifício demoradamente construído, como é um Código, vê-se atingido por exigências frequentes, necessitando de suprimentos legislativos.¹²³

Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos:

Penal - reclusão de quatro a dez anos.

5) Art. 214.....

Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos:

Penal - reclusão de três a nove anos.”

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Sexta Turma. – Recurso Especial (REsp): 235275. Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 16/08/2001, Data de Publicação: DJ 24.09.2001 p. 356.

¹²³ PEREIRA, Cairo Mário da Silva. **Direito Civil – alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.105.

Por essa razão, imprescindível a existência da *vacatio legis* como mecanismo de integração do comportamento legislativo à mutação social. O lapso de conhecimento da norma não se limita a esse único escopo, dedica-se a verificação da correspondência da norma ao cenário social, jurídico e legislativo. Tende a observar ora a necessidade de suprimentos legislativos, ora a necessidade de revogação do teor normativo frente a esses cenários.

Ademais, a simples inaplicabilidade da *vacatio legis* implicaria em balbúrdia no aparelho estatal; a separação de poderes, fruto da ordem constitucional, estaria abalada. Posto que o Poder Judiciário ao afastar a incidência do artigo 1º da LINDB intervém em esferas de competência meritórias ao Poder Legislativo.

A função jurisdicional circunscreve-se a tutela do ordenamento, ao proferir decisões individuais e concretas, anunciando a subsunção ou não da norma às circunstâncias fáticas. Já a cargo legislativo o ordenamento jurídico se cria e se modifica, pela elaboração de leis.¹²⁴

Imperam-se os princípios da tipicidade e o da indisponibilidade de competências, os quais demonstram a taxatividade das competências dos órgãos constitucionais e a intransponibilidade de competências a órgãos diversos daqueles que a Constituição Federal as delegou.¹²⁵ Assim, a separação de poderes, enquanto afirmação máxima da ordem constitucional, deve ser conservada, uma vez que “todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.¹²⁶

Desse modo, conjecturar que o Poder Judiciário, frente a uma lei penal benéfica, pode estabelecer uma cláusula de exceção ao artigo 1º da LINDB, isto é, afastar o preceito do *tempus vacationes*, apenas nos casos em que há uma lei penal benéfica, significa que foi dada permissão ao Judiciário adentrar ao núcleo essencial de competência típica do Poder Legislativo: legislar. Isso não é possível.

¹²⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**, 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 181.

¹²⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**, 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 181.

¹²⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987, p.198.

Pois, a única maneira de evitar o abuso estatal é limitando-o, por sua divisão em poderes que se condicionem e se limitem reciprocamente.¹²⁷ E, anuir a ingerência do Poder Judiciário na competência típica do Poder Legislativo, mesmo que sob argumento de violação de direito fundamental, simboliza a flexibilização do dogma de independência¹²⁸ entre os poderes e abertura de brecha para abuso estatal.

Por essas razões, a única via possível para que o Judiciário afaste a aplicação da *vacatio legis* seria pela declaração da inconstitucionalidade de todo o dispositivo que o prevê. E, isso, não há razão de ocorrer, visto a essência benéfica do *tempus vacationes*. Pois, o simples estabelecimento de cláusula de exceção ao artigo 1º da LINDB pelo Judiciário, significa patente desequilíbrio na separação de poderes.

2.3 Considerações finais

Ante as ponderações sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade da *vacatio legis*, sobre a possibilidade do estabelecimento de uma cláusula de exceção ao art. 1º da LINDB frente uma lei penal benéfica, ou sobre o simples afastar dos efeitos desse dispositivo, orientam a dois desfechos.

Primeiro, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, com fito de declarar inconstitucional a regra da *vacatio legis* (artigo 1º da LINDB), haja vista a força normativa constitucional do princípio da retroatividade benéfica.

Nesse passo, o Judiciário através do seu controle concentrado de constitucionalidade perseguirá uma interpretação ao artigo 1º da LINDB consoante a Constituição Federal, a fim de que a lei penal benéfica tenha aplicação imediata. Para isso, serão legitimados para propositura dessa ação todos aqueles listados no artigo 103 da Constituição Federal:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

¹²⁷ MIRANDA, Jorge. **Formas e sistemas de governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.56.

¹²⁸ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.¹²⁹

Segundo, por último, entende-se como solução também a produção de uma norma infraconstitucional pelo Poder Legislativo, que se dedique a obstar os efeitos do instituto da *vacatio legis* face toda lei penal benéfica, isto é, a construção de norma que mantenha o senso da *vacatio legis*, malgrado apresente clausula de exceção às leis penais benéficas. Para que os efeitos da *lex mitior* sejam imediatos.

¹²⁹ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Republica Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 03ago.2014.

CONCLUSÃO

A lei possui três momentos de expressões: nascimento, vida e morte. A promulgação e publicação marcam o prelúdio da sua existência e aptidão de produzir efeitos no mundo jurídico. A sua morte, por sua vez, resta figurada com a revogação. Entretanto, a eficácia da norma condiciona-se ao início de sua vigência, a qual, no silêncio normativo, regula-se pelo artigo 1º da Lei Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB). A este lapso cravado entre a publicação da norma e o início de sua vigência, batiza-se de *vacatio legis*.

A controvérsia e a problemática suscitada no presente trabalho residiu na análise do instituto da *vacatio legis* e do instituto da retroatividade penal benéfica (art.5º, XL, CF), frente ao maior bem social: a liberdade. A aplicação simultânea dos dispositivos visualiza o alcance da *novatio legis in melius* apenas após aquele lapso temporal, previsto no art. 1º da LINDB ou estipulado pelo legislador, ignorando aqueles, desde já, submetidos a um regime mais penoso e excruciante.

O objeto desse estudo conduziu a ilação de que a incidência da *vacatio legis* na lei penal benéfica afasta o escopo beneficiador de ambos institutos. Isso porque o período entre a data da publicação e o início da obrigatoriedade da norma, no qual há dormência normativa, injunge aos condenados à espera do gozo do benefício trazido pela nova lei penal. Afora, alguns podem não ser beneficiados, pois o fim de sua pena pode coincidir ou mesmo anteceder o termo final desse lapso; afastando, portanto, o âmago do princípio da retroatividade penal benéfica.

Destarte, o *tempus vacationes* não deve perdurar frente uma benesse trazida pela nova norma. O firmamento da *vacatio legis* tem senso beneficiador - possibilitar o conhecimento social da norma novidade. E, mesmo que por um lapso fixo, não há fundamento na assunção de efeito prejudicial. A sua atuação na norma benévola, portanto, implica na restrição do público receptor da nova regra e na “vitrinização” de direitos estampados na nova lei.

Tem mais, o dispositivo constitucional (art.5º, XL, CF) que prega a retroação penal benéfica tem aplicação impositiva, visto que detém caráter jurídico-positivo concernente a todos os princípios constitucionais. A estipulação de prazo para o início da obrigatoriedade de norma favorável retrata conspícua afronta, ainda que por período pré-fixado, ao princípio da retroatividade benéfica e à força da norma jurídico-constitucional que o prevê, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, há efeitos decursivos à condenação definitiva, penais e extrapenais, que poderiam ser obstados desde a publicação da *lex mitior* ou da *abollitio criminis*. Contudo, a admissão e o emprego do artigo 1º da LINDB, nesses casos, protraí e retarda o afastamento e o abandono dos efeitos negativos provenientes à condenação, muitas vezes, restringindo liberdades.

À vista disso, a retração do instituto normativo infraconstitucional, que augura a *vacatio legis*, ante o princípio fundamental da retroatividade penal da lei benéfica, mostra-se imperiosa.

O emprego da *novatio legis in melius* ou da *abolitio criminis* deve ocorrer de modo inopino e imediato. A plenitude de seus efeitos não pode se submeter a lapsos ou condicionantes. A *vacatio legis* não pode ser mecanismo de desvio aos efeitos da retroatividade normativa penal benéfica, os quais devem ser sempre *erga omnes*. Devem alcançar todos os seus jurisdicionados: os inseridos ou na iminência serem inseridos em cárcere.

Dessa forma, uma cláusula de exceção ao art.1º da LINDB deve ser suscitada. Uma lei penal vantajosa não deve se submeter a uma dormência jurídica. O sopesamento dos princípios estampados nos artigos 5º, XL, CF e 1º da LINDB, princípio da retroatividade penal benéfica e princípio da segurança jurídica, respectivamente, coaduna pela precedência do primeiro.

Nesse contexto, conclui-se que há duas possibilidades de solução para a problemática exposta, primeiro: o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, referente a regra do *tempus vacationes* (artigo 1º da LINDB)

que busque uma interpretação conforme a constituição e que exclua da sua aplicação as normas penais benéficas; segundo, edição de norma infraconstitucional pelo Poder Legislativo, que retire o instituto da *vacatio legis* de toda lei penal benéfica, a fim de que seus efeitos sejam imediatos na vida de todos aqueles que se encontrem no seu campo de jurisdição.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria do Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, .
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Traduzido por Torriberri Guimaraães, 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**, revista ampliada e atualizada de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 57.
- BORGES, Paulo César Corrêa. Princípio da retroatividade benéfica. **RBCCRIM: Revista brasileira de ciências criminais** - v.13 n.56, Belo Horizonte, p.189-208, set. / out. 2005.
- BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948**. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em 16 maio. 2014.
- BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf> Acesso em 12 de maio 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Quinta Turma. **HC 124598/ SP**. Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 29.mar.2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Quinta Turma. **Recurso Especial (Resp.) 0003051**. Decisão: 15.08.1990 - .Relator: Ministro Edson Vidigal.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Quinta Turma. **REsp.112995**. Rel. Edson Vidgal- .DJU 17.12.1999, p.391.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Sexta Turma.–Recurso Especial(REsp): 235275 .Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 16/08/2001, Data de Publicação: DJ 24.09.2001 p. 356.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.152.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual**, 24. ed. Buenos Aires, Argentina: Heliasta, 1996, p. 298.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**, 17. ed. São Paulo, 2013.

CAPOBIANCO, Rodrigo Julio. **Decisões Favoráveis a defesa: penal e processo penal**, 6. ed. São Paulo: Método, 2010.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de Leis Penais**, 3ª edição. Coimbra: Coimbra, 2008, p.37.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**,13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CLOVIS, Bevilacqua. **Theoria geral do direito civil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.38.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada**, 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A Lei de introdução ao Código civil brasileiro** (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores), 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.34.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil: teoria geral**,8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez, Luiz Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais,2006, p. 785.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.106.

FRANCO, Alberto Silva Franco. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.GERNICCHIARO, Luiz Vicent e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,1995, p.88.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**, 5ª ed. Rio de Janeiro: editora Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2012, p.651.

GUERRA, Sidney e EMERIQUEO, Lilian Márcia Balmant. **Princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, p.379-395, Ano VII, Nº 9 – dez. 2006. p.386. Disponível em< <http://www.funorte.com.br/files/servico-social/13.pdf>> Acesso em 09.jul.2014.

HUPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**, 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal**, 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

JOPPERT, Alexandre Couto Joppert. **Fundamentos de Direito Penal**: aplicação da lei penal, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal**: projeções contemporâneas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, v.1.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Formas e sistemas de governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.56.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987, p.198.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial, 6. ed. São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2009, p. 79.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. São Paulo: Editora Sergio Antônio Fabris, 1989, p.66-67.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **Retroatividade Penal Benéfica**: a conjugação de leis penais sob ótica constitucional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, volume 19, n.88, jan./fev.,2011, p.160.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 23. Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 100.

PEREIRA, Cairo Mário da Silva. **Direito Civil – alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.105.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.142.

RIO GRANDE DO SUL (RS).Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal. Rel. Vladimir Giacomuzzi.Local:Revista dos Tribunais nº 667/330.

RIO GRANDE DO SUL (RS).Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal. Rel. Vladimir Giacomuzzi.Local:Revista dos Tribunais (RT) nº 667/330.

SANTA CATARINA (SC). Segunda Câmara Criminal . **Apelação Criminal 2010.030270-9 (TJ-SC)**. Relator: Salete Silva Sommariva. Data de Julgamento: 27/07/2011.

SÃO PAULO (SP).Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (TACRIM- SPVCP). **Apelação Criminal**. Rel. Adauto Suannes. Local: Revista dos Tribunais nº 589/ 329.

SÃO PAULO (SP).Tribunal de Alçada de São Paulo (TACRIM-SP). Apelação Criminal. Rel. Ercílio Sampaio. Local: Revista dos Tribunais, nº 596/341.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 425.

TENÓRIO, Oscar. **Lei de introdução ao código civil brasileiro**: decreto-lei n 4.657, de 4 de setembro de 1942. Rio de Janeiro: Imprensa, 1944, p. 40.

TIRONI, Rommero Cometti. **O princípio da legalidade no direito brasileiro**. Revista Ciência Jurídica. Belo Horizonte, p.189-208, jul./ago. 2009.v148, p. 192.

VASCONCELOS, Miguel Páris. **Da Estabilidade do Ordenamento Jurídico**. Verbo Jurídico, 2008. Disponível em <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/outros/estabilidade-ordenamento-juridico.html>> Acesso em 25. maio.2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 105.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.216.