



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS - GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

GABRIELA GOMES CERQUEIRA FERREIRA

**DIREITO INTERTEMPORAL E LEI PROCESSUAL PENAL:
APLICABILIDADE IMEDIATA DA NOVATIO LEGIS E A
POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO CONCRETA DE
GARANTIAS NOS PROCESSOS EM TRÂMITE**

Salvador

2016

GABRIELA GOMES CERQUEIRA FERREIRA

**DIREITO INTERTEMPORAL E LEI PROCESSUAL PENAL:
APLICABILIDADE IMEDIATA DA NOVATIO LEGIS E A
POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO CONCRETA DE
GARANTIAS NOS PROCESSOS EM TRÂMITE**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação em Ciências Criminais, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de pós-graduada.

Salvador

2016

A

Minha mãe Vera Lúcia Gomes Ferreira e ao meu pai Jair Gomes Ferreira, que com muita dedicação me educaram de forma justa, sendo meus exemplos de ética e caráter.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da lei processual penal no tempo quando da existência de sucessões de diplomas processuais, analisando a máxima do *tempus regit actum* e a possível supressão de direitos que pode ocorrer no caso em concreto, uma vez inobservada garantias asseguradas ao réu. Não se olvida que, em tese, os diplomas normativos devem seguir em conformidade com a Constituição Federal, respeitando-a em todos os seus termos e garantias, sob pena de ser declarado inconstitucional. Entretanto, o mesmo respeito, por vezes, não ocorre no fato mundo da vida quando o diploma legislativo é aplicado em concreto, de acordo com as peculiaridades do caso. Assim sendo, ocasiona violações às garantias do indivíduo. Este fato é perceptível na existência de leis processuais penais sucessivas no tempo, aplicando o diploma mais novo aos processos já em andamentos, fazendo, pois, que o processo já iniciado se regule pela nova lei advinda. Ocorre, portanto, que o processo penal se preocupa apenas na aplicação imediata do referido diploma, não analisando se tal disposição causa prejuízos concretos ao débil, ao contrário do direito penal material que se preocupa, a todo o momento, com a aplicação da lei mais benéfica, inclusive, permitindo sua retroação, se for o caso. Desse modo, faz-se essencial estabelecer este contra ponto, chamando atenção aos interpretes e aplicadores do direito ao fato de que, em alguns casos, as garantias do réu são violadas concretamente, pois, por exemplo, novo diploma processual poderá lhe reduzir prazo recursal. Nesta senda, buscou-se discutir a aplicação intertemporal da lei processual, analisando a necessidade de alterar o seu marco temporal no que tange à verificação da lei a incidir, contrapondo com a regulamentação conferida às leis penais puras, bem como sinalizando quais eventuais princípios e garantias podem ser violados, uma vez que a lei processual penal é aplicada de imediato aos processos em trâmite, sem ressalva de eventual prejuízo.

Palavras-chave: lei processual penal no tempo; garantias; garantismo penal e processual penal; aplicação intertemporal; leis sucessivas no tempo; supressão de garantias; análise do caso concreto.

ABSTRACT

This study aims to examine the criminal procedure law in the time that was considered the existence of procedural "diplomas" successions, analyzing the proverb of *tempus regit actum* and the possible rights suppressions that may occur in real cases, since unobserved guarantees ensured to defendant. It must be highlighted that, at least in theory, the normative laws should be in harmony with the Constitutional law. However, sometimes, this appliance does not occur appropriately in concrete cases, considering its peculiarities. As a consequence, it causes violations of individual guarantees. This fact is perceptible in the existence of successive criminal procedure laws in time, applying the newest law to ongoing cases in order to regulate open-ended procedures. Therefore, it is clear that criminal prosecution just concerns the immediate application of law, not analyzing whether that provision cause actually harms the defendant or not. In opposition, criminal law makes a deeper analysis, taking in consideration all the drawbacks the defendant can suffer and the appliance of most beneficial law, allowing retroactive application, depending on the case. Thus, it is essential establishing this conflicting ideologies, calling interpreters and law enforcers attention's to the fact that, in some cases, defendant's guarantees are infringed, considering, for example, that the newest law can reduce "the appealing term". All things considered, this paper attempted to discuss the intertemporal application of the procedural law, analyzing the necessity of changing its "timeframe" regarding the verification of the law that is covered, in contrast with the regulations given to pure criminal laws, and highlighting that any principles and guarantees may be violated, since the criminal procedural law is applied immediately to pending cases, without exception any injury.

Keywords: procedure law in the time; guarantees; "garantismo penal e processual penal"; criminal procedure law in time; successive procedure laws in time; guarantees suppression; concrete case analysis.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O SISTEMA CONSTITUCIONAL GARANTISTA DO DIREITO PROCESSUAL –PENAL	10
2.1 GARANTIAS ASSEGURADAS AO INDIVÍDUO	17
2.1.1 Garantias relacionadas à pena	17
2.1.2 Garantias relacionadas ao delito	23
2.1.3 Garantias relacionadas ao processo	26
3. LEI PENAL NO TEMPO	33
3.1 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE	34
3.1.1 Conceito	34
3.2 POSSIBILIDADE DE RETROAGIR IN BONA PARTEM	36
4. LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO	47
4.1 ESPÉCIES DE LEIS PROCESSUAIS	49
4.1.1 Lei processual penal pura	50
4.1.2 Lei processual penal híbrida	51
4.2 LUGAR COMUM: TEMPUS REGIT ACTUM E IMEDIATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL – ART. 2º CPP	58
4.2.1 Violação aos princípios constitucionais pertinentes e sua consequente ineficiência em via concreta	80
4.2.2 Incompatibilidade com os ideais normativos consagrados pelo direito penal material	95
4.3 RECURSO DE PROTESTO POR NOVO JÚRI	97

5. CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	108

1 INTRODUÇÃO

Diante do sistema de garantias adotado pelo direito processual-penal, busca-se assentar entendimento acerca da aplicação intertemporal da lei processual penal pura, tendo por base as garantias constitucionalmente estabelecidas, bem como a intenção do legislador infraconstitucional ao elaborar os ditames do Direito Penal-Processual.

Sendo assim, é imperioso, no primeiro capítulo, adentrar à doutrina de garantias prelecionada com forte influência do movimento Iluminista, uma vez que neste momento histórico buscava-se a preservação dos direitos individuais do homem, em face do forte liberalismo que o precedeu. A sociedade estava consumida pelo ideal de proteção aos direitos e garantias individuais, de forma a conceder atuação mais efetiva para o Estado e, ao mesmo tempo, limitá-la. É dizer, buscava-se a atuação estatal em conformidade com os direitos e garantias individuais e, por assim ser, elegeu-se como preceito fundamental a liberdade do indivíduo.

Nesses termos, como não poderia deixar de ser, o ideal garantista alarmou seus efeitos em todas as ciências jurídicas e, por conseguinte, produziu total eficácia no Direito Penal *lato sensu*. O direito penal passou, *a priori*, a respeitar as garantias individuais e a dignidade da pessoa humana, colocando de lado as penas pessoais ultrajantes, a exemplo das “chibatadas” e da pena de morte. Posteriormente, fora além e concedeu ao homem total proteção, reconhecendo que o Estado e seus tentáculos possuíam o domínio dos meios de acusação, o que tornava imprescindível que o débil fosse protegido constantemente, criando-se normas em seu benefício, respeitando, também, a proporcionalidade e a razoabilidade. Ou seja, não se buscava a proteção descabida do réu, mas sim a tutela conforme era permitida pela Constituição Federal de 1988 e todos os seus princípios e ideologias inerentes.

Nessa senda, o Código Penal e o Código de Processo Penal tiveram que adaptar suas disciplinas à Carta Política Democrática que entrara em vigor, conciliando os dispositivos editados em época autoritária aos princípios regentes do novo momento político no Brasil, a democracia. Foi necessário, inclusive, mudanças dos citados diplomas e de leis esparsas do ordenamento para adaptá-los em melhor qualidade.

Tornou-se possível falar na doutrina de garantias amplamente aplicada ao Direito Penal e Processual penal, uma vez que é de responsabilidade do direito penal, em sentido lato, amparar os bens jurídicos de suma importância, a exemplo da liberdade, que não lograram êxito de tutela por outro ramo do direito. É indiscutível que os bens jurídicos do direito penal, a par de eventuais discussões sobre sua conceituação, se referem a direitos imprescindíveis para a manutenção da dignidade da pessoa humana, razão pela qual devem ser preservados, de forma abstrata e concreta, sempre que o ordenamento lhe concede defesa.

É nesse sentido protetivo que devem ser observadas as normas de direito intertemporal relativas ao direito material e processual, bem como as diferenças conceituais e práticas entre processo e procedimento, além da imperiosidade em interpretar os diplomas normativos segundo a “intenção do legislador infraconstitucional ao editá-los” – ou mais: interpretá-los de forma sistemática em conjunto com os preceitos de um Estado Democrático. Com isso, torna-se imprescindível ventilar a respeito da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, momento no qual o legislador processual deixou imune de dúvidas um vestígio garantista do sistema processual, o que, por oportuno, deve ser considerado quando da análise da intertemporalidade das leis processuais penais.

Dessa forma, no segundo capítulo, buscou-se analisar toda a aplicação da lei penal no tempo, percorrendo sobre as regulamentações do código penal como forma de, ao fim, entender a importância do direito intertemporal. Embora não existam grandes controvérsias sobre a aplicação das leis penais sucessivas, é mister adentrar a este mérito como forma de exprimir deste ramo do direito todos os ideais de garantias que são salvaguardados nas entrelinhas de suas normas, clamando para que essas mesmas ideologias sejam observadas concretamente no processo – afinal, qual o conteúdo do processo senão a casuística?

Posteriormente, nesse fluxo de ideias, tornou-se importante perpassar o estudo pelas normas intertemporais relativas ao processo penal, fazendo-se imprescindível realizar a classificação das leis processuais penais, se puras ou híbridas, posto que o tratamento dado é diferente.

Além do mais, é preciso esclarecer a necessidade do direito processual em ser interpretado conforme os ditames penais. Em verdade, quer-se dizer que, o processo e o direito material devem ser analisados conforme a mesma ideologia

garantista, de modo que ambos os ramos devem ser pensados em favor do réu, reconhecendo a sua fragilidade processual perante o Estado-juiz. Em outros termos, busca-se evidenciar o quão ilógico é a aplicação, no que tange a lei no tempo, da irretroatividade em *mala partem* (e da retroatividade da *Lex mitior*), referentes ao direito penal, concomitante com a aplicação imediata da lei processual penal ainda que em prejuízo concreto ao réu. Ao se admitir esta conduta, estar-se-ia negando o caráter de garantia conferido ao processo, quesito este que se busca deixar claro – e sufocando, simultaneamente, o garantismo latente do direito penal.

Posto isto, insta evidenciar que a discussão sobre a aplicação da lei processual penal deve ser de acordo com a casuística, analisando se, no caso concreto, a incidência imediata da lei aos processos já em andamento não ocasionariam prejuízos ao acusado, perpassando pela averiguação de eventual violação de preceitos constitucionais, a exemplo do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Em outras palavras, é forçosa a análise do caso concreto, cabendo tal atividade ao aplicador do direito que, competente para efetivar os pressupostos democráticos respeitados em abstrato, obriga-se a interpretar a sucessão de leis processuais penais no tempo de acordo com a guarda dos fundamentos garantistas. Desse modo, discutiu-se acerca do recurso de protesto por novo júri que fora suprimido do ordenamento brasileiro, atingindo, tal supressão, aos processos que estavam em trâmite, objetivando-se que se vislumbre o presente tema no fato mundo da vida. E, para que assim seja, faz-se imprescindível trazer à tona acontecimentos reais que, ao momento de produção dos seus efeitos, suscitaram críticas doutrinárias e confusões jurisprudenciais.

Tem-se, pois, indispensável obtemperar, caso a caso, os eventuais prejuízos trazidos pela novel legislação processual, cabendo-lhe a aplicação, aos processos em curso, tão-somente quando não acarretar em prejuízo para o débil.

2. O SISTEMA CONSTITUCIONAL GARANTISTA DO DIREITO PROCESSUAL-PENAL

O direito penal nasce com a pretensão de legitimar a interferência do Estado na liberdade do indivíduo apenas quando e se estritamente necessário— *ultima ratio*¹— para resguardar a paz social. Nesse ínterim, com o intuito de possibilitar a atuação de forma democrática, há princípios constitucionais reguladores do sistema penal. Pode-se dizer, portanto, que a ciência criminal surge como meio pelo qual o Estado deve defender os bens jurídicos de suma importância, cujo nenhum outro ramo conseguiu tutelar, e ao mesmo tempo desperta como limitador de sua atuação.

É imperioso pontuar que, caso não se limitasse os poderes conferidos ao Estado, uma vez ser este o ente criador do próprio direito, o exercício do seu poder punitivo se desenrolaria de modo arbitrário, contrário ao ideal democrático que permeava a formação da atual Constituição Federal. Nesses termos, objetivando tal limitação e com forte influência liberal e iluminista, consagrou-se, por exemplo, o princípio da legalidade, bem como o da responsabilidade pessoal e o da culpabilidade; tem-se Antonio Scarance Fernandes²:

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais[...].

O garantismo penal surge do ideal democrático pautado na época 1980, tendo como objetivo primeiro a proteção dos direitos e garantias individuais, impedindo a visualização do réu como objeto de um processo e colocando-o como sujeito de direitos. É esse contexto que fora trazido pelos iluministas com a ideologia de humanização das penas. É nesses termos que a doutrina brasileira, a partir de 1990,

¹ Deve-se pontuar que Douglas Fischer critica tal expressão quando utilizada de modo infundado. O doutrinador em questão atribui razão a assertiva, entretanto, pontua que o direito penal deve ser pensado como *ultima ratio* de forma razoável, posto que a repetição da dita expressão pode levar à crença que o direito penal apenas protege os direitos de primeira geração, individuais – quesito do qual Douglas discorda, defendendo que existem outros direitos fundamentais aos quais a Constituição impõe proteção, conforme FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2010.

² FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.13.

começa a colocar em pauta a “doutrina de garantias” que, em análise superficial, retrata a necessidade de observar as garantias fundamentais enumeradas na Constituição Federal de 1988³, razão pela qual preleciona Douglas Fischer:

O garantismo penal não é simplesmente legalismo, pois a teoria está calcada numa visão teórica de um direito próprio de um Estado Social e Democrático. É dizer: ao tempo em que o investigado ou o réu não pode ser mais visto como um objeto da instrução processual, e sim como um sujeito de direitos [referido aqui unicamente por esse prisma inicial do garantismo], a submissão do juiz à lei não mais é – como sempre foi pela visão positivista tradicional e ilustrada – à letra da lei [ou mediante sua interpretação meramente literal] de modo acríptico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição [validade] vista como um todo⁴.

Nota-se que o garantismo penal, segundo análise de Douglas Fischer, embora calcado também no princípio da legalidade, difere da doutrina positivista, uma vez que adota o sentido de defesa da aplicação da lei de forma consciente e reflexiva, não a aplicando ao caso concreto mecanicamente. Em outras palavras, a “doutrina garantista” exige do aplicador do direito a submissão à lei, posto ser limite essencial à atuação do Estado, contudo, se preocupa em exigir que tal aplicação se dê com base nos demais princípios fundantes da ordem jurídica, a exemplo da razoabilidade e proporcionalidade.

Além do mais, afirma que o ideal garantista surgiu da necessidade, como fora dito acima, de proteção do indivíduo, retirando-o da condição de objeto e impossibilitando que o Estado agisse de forma arbitrária. Desse modo, é inegável a forte influência dos direitos individuais no que tange ao garantismo em sua primeira análise; no entanto, o doutrinador, para legitimar a aplicação da lei além das margens do mero legalismo, defende que devem ser observados também direitos sociais e deveres elencados na Carta Magna. Diz-se, então, que a [aplicação] da lei deverá atender aos anseios da sociedade, protegendo os direitos sociais que igualmente merecem respaldo⁵.

Tendo por base este pressuposto, discute-se de forma exaustiva na doutrina brasileira qual a verdadeira proposta de Luigi Ferrajoli ao tratar dos ideais

³ FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral. Questões Penais e Processuais, Criminalidade Moderna e Aplicação do Modelo Garantista no Brasil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p.25 et seq.

⁴*Ibidem*, p. 26.

⁵ No entanto, deve-se pontuar que os discursos de vontade social, ou defesa dos direitos sociais não podem legitimar a constrição da liberdade de alguém, como bem assevera Luigi Ferrajoli nos conseqüências da sua obra *Direito e Razão*.

garantistas. É sabido que o marco doutrinário do tema surge com a obra *Direito e Razão* de Ferrajoli, no qual este tratou de elementos basilares do garantismo, dentre eles a legalidade⁶. Nessa toada, é possível falar, então, em dois elementos constitutivos, quais sejam “um relativo à definição legislativa, e outro à comprovação jurisdicional do desvio punível. E correspondem a singulares conjuntos de garantias – as garantias penais e garantias processuais – do sistema punitivo que fundamentam”⁷.

Ao traçar as bases fundantes da sua proposta de garantismo, Luigi Ferrajoli retrata a importância da lei para determinar o que, de fato, poderia ser apenado pelo direito penal. Ora, é dessa concepção que surge a necessidade de diferenciar a legalidade estrita do princípio da mera legalidade.

A legalidade estrita tem por objeto a matéria reservada ao legislador, a necessidade do legislador normatizar determinada situação para que, só e somente só após isso, tal fato pudesse ser punido pelo Direito Penal. É desse postulado basilar que nasce a máxima *nulla poena et nullum crimen sine lege*, ou seja, não haverá pena e nem crime se não os definidos em lei. Dá-se, portanto, importância à lei.

Com efeito, o princípio da legalidade estrita, ou reserva legal, é elemento basilar do garantismo, sendo definida por Rogério Sanches Cunha como a espinha dorsal do sistema de garantias⁸, na medida em que “é uma conquista do indivíduo contra o poder de polícia do Estado”⁹.

É indiscutível que a atuação do Estado pode ser, se não limitada, ostensiva e arbitrária, posto que é este –em sentido amplo- que edita e executa os diplomas normativos; daí se extrai a importância tamanha do princípio da legalidade, sem o qual é inviável falar em um Direito Penal justo e democrático. Nesses termos, é mister colacionar:

O Direito Penal é exercício de poder [punitivo] e, em sendo assim, precisa ser limitado [minimizado]. As pessoas precisam ter garantias contra as

⁶ A legalidade é um princípio constitucional expresso no art. 5, II da Constituição Federal de forma ampla e geral para o ordenamento jurídico, possuindo previsão específica para o Direito Penal no art. 5, XXXIX. Frisa-se, ainda, que o princípio também fora consagrado de forma expressa no Código Penal Brasileiro em seu art. 1, caput.

⁷FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.38.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. *Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal*. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **UMA BREVE SÍNTESE DOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 30

⁹*Ibidem, loc. cit.*

ingerências arbitrárias do Estado [intervenção penal autoritária]. Dentro desse espírito evoluiu o Direito Penal, hoje circundado por inúmeras garantias¹⁰.

De outro modo, Ferrajoili preocupou-se em limitar a atuação do legislador, não permitindo que este legislasse sem critérios. É nesse sentido que imprime importância ao caráter empírico das hipóteses previstas como desvio punível. Surge, assim, o denominado convencionalismo penal¹¹. Quanto ao convencionalismo penal, faz-se interessante colacionar o que segue:

O sentido e o alcance do convencionalismo penal reside precisamente nesta concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, que remete às únicas ações taxativamente indicadas em lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica ou extralegal¹².

Faz-se essencial pontuar a crítica de Márcia Dometila Lima de Carvalho no que tange ao princípio da legalidade. A doutrinadora em questão afirma que o princípio supratranscrito vem perdendo a sua real eficácia – legitimar um Estado democrático de direito -, na medida em que está se tornando mera formalidade. É dizer, a aplicação da lei não está sendo “justa”, tornando imperioso ventilar acerca dos postulados *lexe jus*.¹³ Com efeito:

O princípio da legalidade põe ênfase justamente na lei, como decisão do povo. Todavia, a sua redução a mero formalismo provocou-lhe sérios desgastes. Por isso, afirmando sob a perspectiva de validade – dever ser – passou a ser questionado sob a perspectiva da eficácia: a lei nem sempre expressa a justiça¹⁴.

Márcia Dometila afirma que, por vezes, o prescrito em lei assume tipos abertos, permitindo que esta seja burlada, razão pela qual se distancia do primado da justiça social – burlar a lei implica em ficar a quem da vontade do povo, posto que, a vontade do legislador emana do povo, objetivando uma sociedade justa. Pontua, ainda, que tal postulado só assume eficácia completa quando o legislador se manifesta de forma clara e suficiente. Nesses, tem-se o que segue:

¹⁰CUNHA, Rogério Sanches. Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **UMA BREVE SÍNTESE DOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.29

¹¹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.38 et seq.

¹² *Ibidem*, p.39.

¹³CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p.53 et seq.

¹⁴ *Ibidem*, p. 54.

As primeiras críticas referem-se à função garantidora do tipo, já que a eficácia desta garantia fica na dependência da descrição das normas incriminadoras e dos bens jurídicos valorados. Disso resulta que, através da técnica legislativa de formalização dos tipos, seja pela utilização de cláusulas genéricas, seja pela utilização de sanções punitivas totalmente indeterminadas no tempo, o princípio da legalidade pode vir a ser fraudado¹⁵.

Em que pese a existência da crítica acima mencionada, resta evidente que a legalidade estrita compõe mecanismo necessário para limitar a atuação do Estado, razão pela qual não se pode negar eficácia – afinal, o Estado autoritário está adormecido, sempre esperando uma insuficiência de limites do Estado de Direito para que possa voltar a reinar.

O convencionalismo penal, por sua vez, exige dois pressupostos, qual seja “o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas”¹⁶. Do ponto de vista formal, o convencionalismo penal seria o posto em lei, a matéria objetivamente disciplinada em diploma normativo, não importando o caráter [i]moral de dada conduta, mas tão somente a sua definição legal. Do ponto de vista empírico, a matéria legislada não poderia sofrer influência das impressões morais e ontológicas do legislador, mas sim deveriam surgir de uma análise do comportamento do indivíduo. Pode-se dizer que seria necessário um estudo das situações concretas do comportamento do sujeito para que, então, fosse possível criar figuras típicas – nesse aspecto, Ferrajoli traz à tona a máxima da *nulla poena sine crimine et sine culpa*.

Nesse diapasão, colaciona-se:

O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por outra parte, conforme a segunda condição, a definição legal do desvio deve ser produzida não com referência a figuras subjetivas de status ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica: *nulla poena sine crimine et sine culpa*¹⁷.

Nota-se, pois, que o doutrinador aditou à conceituação de desvio punível a necessidade de culpa do autor. É dizer, a lei deverá tipificar fatos empíricos,

¹⁵CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p.54.

¹⁶FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.38.

¹⁷ *Ibidem, loc cit.*

objetivos, e a estes fatos atrelar-se-á a responsabilidade do autor para, em seguida, ser configurado o desvio punível. Forçoso concluir, portanto, que a lei só poderia classificar como desvio punível o comportamento observado através do estudo empírico necessário, comportamentos tais que devem ser determinados e tangenciados à culpabilidade ou responsabilidade do indivíduo¹⁸.

Em outro sentido, imperiosa é a definição do princípio da legalidade em sua vertente ampla, da mera legalidade. Neste quesito, a legalidade se refere ao magistrado, é a necessidade do juiz se submeter ao que está expresso em lei, isentando sua aplicação dos seus valores pessoais. Em outros termos, “é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas”¹⁹.

Sendo assim, segundo Ferrajoli e, por conseguinte, a visão clássica do garantismo, o sujeito teria sua liberdade [direito eminentemente individual] plenamente assegurada pela legislação, posto que apenas o prescrito em lei seria delito e, portanto, passível de punição pelo Estado - confere-se ao diploma normativo o poder de assegurar a liberdade individual de todos. Além do mais, seria o instrumento adequado para garantir o direito à igualdade, uma vez que todos aqueles que violassem o disposto nela, gerariam para o Estado o *ius puniendi*; em outro sentido, não haveria diferença na aplicação da sanção conforme os aspectos pessoais dos autores da infração penal²⁰.

Em contrapartida, deve-se frisar que o sistema judiciário não é composto por máquinas aplicadoras de lei, mas sim por seres humanos que, por ingresso em concurso público, assumem o cargo de magistrado. Assim sendo, é evidente que a aplicação da lei exige do juiz interpretação do diploma normativo prescrito, sendo insuficiente a mera subsunção do diploma ao caso concreto. Nesses termos, Luigi Ferrajoli assevera que:

Diante disso, por mais aperfeiçoado que esteja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser absolutamente certa e objetiva. A interpretação da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa segundo o grau de indeterminação da previsão legal, se esgota inevitavelmente no

¹⁸FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 39.

¹⁹ *Ibidem*, p.38.

²⁰ *Ibidem*, p.40.

exercício de um poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados²¹.

E mais, “[...] além de comprovar os fatos abstratamente indicados na lei como pressuposto da pena, o juiz deve discernir as conotações que convertem cada fato em diverso dos demais [...]”²². Sabe-se que a análise das conotações é eminentemente subjetiva, razão pela qual não se pode retirar o magistrado a sua carga interpretativa e valorativa. É dizer, a lei, indubitavelmente, assume papel importante na definição objetiva do tipo, contudo, tamanha objetividade não pode ser conferida ao magistrado que, em verdade, atuará com base em suas impressões dos casos em concreto.

Nesse ínterim, é possível afirmar que o “direito das garantias” busca limitar e legitimar a atuação do Estado, para que este não sancione *ultra legem*, mediante edição de leis que, por sua vez, devem ter em si forte caráter de objetividade, não imprimindo na tipificação do delito as impressões pessoais do legislador, mas sim uma análise empírica e isenta de valorações, como fora dito²³. Entretanto, tal conceituação não é discordante da possibilidade de valoração pelo magistrado quando “em vez de se dirigirem a punir o réu para além dos delitos cometidos, servem para excluir sua responsabilidade ou para atenuar as penas segundo as específicas e particulares circunstâncias [...]”²⁴.

Ademais, resta reconhecido o subjetivismo impregnado ao poder jurisdicional, motivo pelo qual é necessário equilibrá-lo com as definições legais do desvio punível. Pode-se afirmar que o magistrado somente pode reconhecer um delito se em algum diploma tal conduta estiver tipificada como tal, como punível. Depreende-se, portanto, um sistema de complementariedade entre a objetividade da lei e o cognitivismo intrínseco ao judiciário. Assim sendo, “o cognitivismo jurisdicional [*veritas, non auctoritas facit iudicium*] pressupõe, em suma, necessariamente o voluntarismo legislativo [*auctoritas, non veritas facit legem*]”²⁵.

Ademais, da análise do sistema de garantias é possível a extração de três modelos, de acordo com Luigi Ferrajoli. Em um primeiro modelo, o garantismo poderia ser

²¹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.38.

²² *Ibidem* p. 43.

²³ *Ibidem, loc. cit.*

²⁴ *Ibidem, loc. cit.*

²⁵ *Ibidem*, p.47.

tratado como um direito da normatividade, colocando-se em evidência o princípio da estrita legalidade. Para um segundo modelo, o garantismo seria visto sob a ótica do dever-ser. É dizer, existiria uma separação entre o primado da validade e da eficácia, no sentido de que das leis emanariam a ordem do dever-ser, exprimindo total validade; entretanto, do plano da operacionalização do direito, não haveria subsunção fidedigna ao explanado em lei²⁶. Por fim, depreende-se do terceiro significado de garantismo que este pressupõe “a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito”²⁷.

2.1 GARANTIAS ASSEGURADAS AO INDIVÍDUO

2.1.1 Garantias relacionadas à pena

O instituto da pena é visto no Direito Penal como a sanção aplicável ao delito em concreto, de modo que a existência de um fato típico punível é condição *sine qua non* para a sua existência. Pode-se dizer, portanto, que a pena assume forte caráter de retribuição, sendo aplicada posteriormente e não de forma antecipada²⁸ – esta é a regra.

Deve-se pontuar que a ocorrência de um fato ilícito é condição necessária para a aplicação da pena, de modo que sem o ilícito não há objeto a ser apenado. Todavia, este não é elemento suficiente para deflagrar a sanção, posto ser exigido a culpabilidade do agente e o nexo de causalidade. Além do mais, possa ser que exista um ilícito, mas que concomitante a isto exista, por exemplo, exclusão de ilicitude, ou de culpabilidade, se tornando inaplicável a sanção punitiva. Nesses termos, Luigi Ferrajoli:

O ilícito, de acordo com a estrutura lógica das garantias, é uma condição normativa somente necessária, mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 785 et seq.

²⁷ *Ibidem*, p.787.

²⁸ Hodiernamente é sabido da existência das penas preventivas, punindo-se antes do delito, tendo como embasamento a prevenção especial. Busca-se a prisão preventiva de quem, de maneira geral, é capaz de prejudicar a investigação do Estado ou de quem é potencialmente lesivo à sociedade. Pontua-se, ainda, que a punição *extra delictum* fora iniciada após o século XIX.

eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito.²⁹

Em contrapartida, é dessa necessidade da prática de fato típico que surge a máxima *nulla poena sine crimine*. Ainda deste postulado, depreende-se que a pena se relaciona diretamente com o delito praticado e não com as características pessoais do autor do delito. É dizer, se pune pelo que se cometeu e não pelo que se é. Nesse ponto, tem-se presente o princípio da legalidade e o ideal de garantismo, em que ambos os institutos buscam punir de forma objetiva, não concedendo benéficos ou ônus de acordo com o caráter pessoal do delinquente.

Ademais, como fora dito, a pena deve ser aplicada em caráter de retribuição, ou seja, existindo fato ilícito, então aplicar-se-á sanção punitiva. Entretanto, é mister asseverar que o caráter retributivo da pena possui, de outro lado, essência de prevenção. Em outros termos, o indivíduo evita delinquir, uma vez que tem ciência da consequência advinda, conforme a doutrina de Luigi Ferrajoli, se não vejamos:

A ameaça legal da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de status, como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes e, por outro lado, a pena exerce uma função preventiva ou intimidatória [...].

Nota-se, pois, que o autor citado deixa claro que a função preventiva da pena se relaciona com a prevenção ao cometimento de fato típico e não às condições pessoais do agente, motivo pelo qual se percebe, novamente, a dissociação da figura criminosa da figura do agente – se houvesse essa identificação, se estaria indo de encontro ao ideal garantista, em que a lei deve ser geral e abstrata [estrita legalidade] e aos magistrados cabe a punição do delito descrito em lei [mera legalidade], levando-se em conta as características do caso concreto no que diz respeito à culpabilidade e nexos de causalidade, e nunca aos aspectos físicos do agente.³⁰

Conclui-se, desse modo, que o caráter retributivo da pena é uma garantia ao indivíduo, uma vez que a aplicação da consequência está imediatamente relacionada à existência de uma causa base. Ante o exposto, torna-se claro a evidente conexão entre pena e delito, razão pela qual se torna necessário ventilar

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.339.

³⁰ *Ibidem*, p. 338 et seq.

acerca da sua conceituação. É nesse sentido que se expressam a teoria substancialista e a formalista do delito³¹.

De acordo com a teoria formalista do delito, este é existente quando tipificado por uma lei existente e válida e, somente nesses termos, possibilitaria a aplicação da sanção penal, de acordo com a máxima *nullum crimen sine lege*. Desse modo, é visível a relação entre o postulado *nulla poena sine crimine* e *nullum crimen sine lege*, de modo que o primeiro necessita da conceituação de crime e o segundo atribui à lei o papel de conceituá-lo, expressão maior da legalidade em seu sentido estrito³². Assim sendo, torna imperioso colacionar:

Para a existência de um delito e para a aplicabilidade de uma pena é certamente necessária a previsão de um e de outra por parte da lei penal, e, mais precisamente, a proibição do primeiro e a prescrição da segunda, de acordo com os três princípios clássicos *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* [...].³³

Percebe-se, mais uma vez, a lei como base do sistema penal e, por conseguinte, do sistema de garantias. Entretanto, é imperioso abrir um parêntese para frisar que a lei como elemento basilar do garantismo é aquela construída e calcada com fulcro em um Estado democrático de Direito, razão pela qual não se confunde com o positivismo em sua essência. De outro lado, têm-se a teoria substancialista, cujo conceitualização do delito passa por elementos extrajurídicos, a exemplo do elemento moral, social e natural. Os delitos seriam, portanto, *quia peccata*³⁴.

Ademais, é sabido que o histórico de criação e aplicação das penas passou por vários períodos de falta de humanidade, por assim dizer, existindo uma aplicação desarrazoada e um tanto quanto severa. A noção consubstanciada no instituto da pena sempre fora a mesma: atribuir uma consequência para o cometimento de dado delito, buscando, de forma concomitante, evitar que estes sejam praticados.

Entretanto, em priscas eras, a sociedade possuía como valor inerente à construção do seu sistema jurídico, a ideia de que a sanção só iria elidir eventual autor de fato típico se fossem realmente rigorosas, a exemplo de chibatadas e a pena de morte - no que tange à pena de morte, é de ciência geral que esta ainda é existente em

³¹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 341.

³²*Ibidem*, p. 340 *et seq.*

³³ *Ibidem*, p. 341.

³⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

alguns países, a exemplo dos Estados Unidos da América [em alguns de seus Estados].

Com o advento de um ideal democrático de direito, as sanções severas não conseguiram sobreviver. Mais do que isso, foram criadas as sanções premiaias em alguns casos, como forma positiva de evitar a prática de fato ilícito. Foge-se, pois, da antiga mentalidade em que se pensava que “se querem desenvolver a função preventiva a que elas tem sido atribuída, devem consistir em consequências desagradáveis [...]”³⁵

Nessa toada, questionavam-se quais os parâmetros necessários para a edição dessas tais consequências desagradáveis, de modo a dotá-las de total eficácia. É nesse sentido a discussão da qualidade e quantidade da pena. Chegou-se ao entendimento que a qualidade da pena deveria ser a mesma do delito, ou seja, dado fato típico deveria ser punido com consequência similar. Em outras palavras, o falsário poderia ser apenado com a perda da sua mão, o homicida com a retirada da sua vida, por exemplo. Tem-se a pena de tal-qual, a pena de talião³⁶.

No entanto, sabidamente, chegou-se à conclusão que este sistema não era adequado e suficiente; primeiro, pois se chocaria com a quantidade de penas necessárias para cada delito – é dizer, cada fato típico teria uma pena diferente, razão pela qual seria impossível a tipificação de todas. Além do mais, a pena de talião não se sustentou com o desenvolvimento da sociedade em direção a um Estado democrático de direito, pois contrastava com a dignidade da pessoa humana³⁷.

Nesse desenrolar, surge a sanção no contexto do pensamento moderno. É nesse período que, com forte influencia burguesa, ocorre uma diversificação da pena, cuja edição se pauta na constrição de três tipos de direitos: a vida, a liberdade e o patrimônio. Fora mantida a pena de morte, restringindo o direito à vida, contudo, ocorreram algumas mudanças na sua aplicação como, por exemplo, não seria praticada por meio de guilhotina e não mais seria mediante público. Ao lado, foram introduzidas as penas restritivas de liberdade e as penas patrimoniais. É importante frisar que todos os tipos de sanções acima transcritos possuíam como base a

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 341.

³⁶ *Ibidem*, p. 356 *et seq.*

³⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

igualdade abstrata perante a lei, de modo que não eram escolhidas com base nas características pessoais do réu, mas sim com base no tipo de delito cometido³⁸.

Assim sendo, frisa-se:

Nestas circunstancias, conferem à pena moderna o caráter de sanção abstrata além de igual, legalmente predeterminável tanto em relação à sua natureza quanto no concernente à sua medida, como privação de um quantum [de um mínimo a um máximo] de valor: um determinado tempo de liberdade nas penas privativas de liberdade, uma determinada soma de dinheiro nas penas pecuniárias, um determinado tempo de capacidade de trabalhar nas penas privativas de direitos³⁹.

Tal entendimento é continuado nos seguintes termos:

Assim, resulta assegurado um ulterior caráter da pena moderna: a proporcionalidade das penas à gravidade dos delitos, ou, mais precisamente, considerada a natureza convencional dos delitos e das penas, o ajuste proporcional da gravidade dos delitos às medidas de pena estabelecidas pelo legislador sobre a base da hierarquia dos bens e dos interesses eleitos por ele como merecedores de tutela⁴⁰.

Importante se fez breve digressão histórica para se compreender a necessidade de garantias relacionadas à pena, posto a existência de momentos pretéritos em que esta era utilizada como instrumento desarrazoado e irracional de repressão.

É com o objetivo de impedir a existência das penas arbitrárias e sem parâmetros que surge, mediante o contexto do garantismo penal e da supremacia da lei, princípios assecuratórios dos limites da sanção. Dentre eles, por sua vez, podemos tratar da outrora mencionada retributividade da pena, estrita legalidade, a proporcionalidade da sanção ao delito cometido, bem como a culpabilidade do autor. Ademais, ainda é possível tratar do princípio da pena mínima necessária e o do respeito à pessoa.

A priori, com influência do iluminismo, insta destacar que a pena deve ser estritamente necessária para punir o fato ilícito cometido, não devendo apenar além do que realmente útil para a devida repressão ou prevenção. Tal entendimento pode ser absorvido da expressão *nulla poena sine necessitate*⁴¹ - expressão esta que abrange forte caráter garantista, posto que limita a pena à necessidade de punir. É dizer, deve-se punir na existência de um motivo e nos limites desse motivo.

³⁸FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 358 *et seq.*

³⁹*Ibidem*, p. 360.

⁴⁰ *Ibidem*, p.360 *et seq.*

⁴¹*Ibidem*, p. 363 *et seq.*

O princípio do respeito à pessoa visa assegurar a dignidade da pessoa humana, ou seja, busca que o réu não seja tratado como coisa ou objeto do processo, mas sim como pessoa merecedora da sua dignidade. Tem-se, portanto, a dignidade da pessoa humana, princípio eminentemente constitucional, como limitador da pena, impondo “uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena”⁴². Pode-se afirmar, portanto, que o “princípio de necessidade e o de dignidade da pessoa são, assim, critérios complementares [...]”⁴³, posto que ultrapassar a barreira da necessidade e atribuir qualidade e quantidade diversa do que seria essencial para dado delito fere a dignidade da pessoa humana, colocando o réu em uma situação de objeto do processo, uma vez que este estaria sujeito a arbitrariedades.

Intrínseco aos princípios acima delineados, existente é, ainda, o da proporcionalidade da pena. Não há como a sanção ser necessária e respeitar a dignidade da pessoa humana se ela não for proporcional ao fato típico cometido. Além do mais, este princípio é tido como corolário da legalidade e da retributividade, de modo que estes possuem amparo lógico naquele⁴⁴.

Ao assegurar ao réu que a definição legal da pena seja proporcional ao fato típico transcrito em lei, o ordenamento jurídico garante ao autor do delito proteção das arbitrariedades do Estado, obrigando que este legisle segundo esta máxima. Além disso, influi também na mera legalidade, impondo que os magistrados observem o máximo e o mínimo imposto pela lei, aplicando ao caso concreto a pena proporcional ao delito cometido. É dizer, não poderá o Estado-juiz apenar de forma arbitrária, mas sim, através de juízos empíricos, aplicar a sanção proporcional ao ocorrido, observando que a proporcionalidade deve atender a necessidade de efetividade da sanção – afinal, de pouco adianta sancionar se a punição não for efetiva.

Cabe pontuar que o postulado da proporcionalidade apenas se tornou possível passada a época da pena de talião. Ora, não era possível quantificar a pena em proporções quando se pensava que esta deveria ser qualitativamente igual ao delito cometido. Nesse sentido, fora a partir do iluminismo e dos ideais de legalidade, bem

⁴²FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 364.

⁴³ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 366.

como das penas privativas de liberdade e das patrimoniais que se tornou viável a quantificação da pena, seja fracionando o tempo [pena privativa de liberdade], seja fracionando os bens [pena patrimonial]⁴⁵.

Conclui-se do quanto exposto, que o sistema de garantias do direito penal confere garantias relacionadas às penas, posto ser esta o fim do *ius puniendi* do Estado. É dizer, este atua no sentido de apenar, de sancionar dada conduta ilícita. Desse modo, é necessário assegurar ao indivíduo que a pena aplicada seja proporcional ao delito cometido, que não o torne objeto de um processo, mas sim mantenha sua dignidade mínima, bem como, conforme o princípio da legalidade, já esteja previamente definido para cada figura típica.

2.1.2. Garantias relacionadas ao delito

É indiscutível que delito é aquilo transcrito em lei como tal, conforme o princípio da legalidade. No entanto, há de se questionar quais os parâmetros utilizados pelo legislador para tipificar algo como conduta punível, de modo a impossibilitar que todas as condutas sejam assim elencadas. É dizer, a definição em lei do que é delito não passa pela realização de um sorteio, não depende de algo aleatório, mas sim de parâmetros, limitações razoáveis para a caracterização da figura típica⁴⁶.

Nesse diapasão, Luigi Ferrajoli ventila acerca da discussão sobre a legitimação externa do delito. Ou seja, até que ponto moral e delito se coadunam? Até que ponto pode-se dizer que os valores da sociedade implicam na definição normativa do delito? Assim, colaciona-se:

A pretensão inerente à tese de que os delitos têm de ser [selecionados dentre as condutas] em algum sentido reprováveis comporta, ademais, a exigência de uma justificação externa ao conteúdo da proibição penal. O princípio liberal da separação direito-moral, apesar de no plano teórico-descritivo excluir do conceito de delito qualquer conotação de tipo moral ou natural, não impede que as proibições legais sejam suscetíveis de prescrição e/ou valoração no plano ético-político⁴⁷.

Nesses termos, pode-se até não permitir uma valoração moral acerca do delito, contudo, nada impede que exista sob a sua definição uma análise ético-política. É

⁴⁵FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.366.

⁴⁶*Ibidem*, p. 421 *et seq.*

⁴⁷*Ibidem*, p. 422.

dizer, por vezes determinada conduta era abarcada pelo caráter ilícito e, *a posteriori*, fora excluída do rol da ilicitude, o que demonstra opção de política criminal.⁴⁸

Diante desse contexto de separação entre moral e direito que surge a necessidade de estabelecer elementos constitutivos do delito e que, além de constitutivos, expressam próprias garantias do direito penal. Nesses termos, pode-se falar em resultado, ação e culpabilidade como elementos configuradores do fato típico e, por sua vez, em ofensividade ou lesividade, materialidade e responsabilidade pessoal como garantias intrínsecas a tais elementos.

A partir de uma análise perfunctória, é verdadeiro afirmar que o direito penal só poderia punir condutas efetivamente lesivas a um bem jurídico tutelado pela ciência criminal. Antes de qualquer coisa, frisa-se que o bem tutelado pelo direito penal deve ser fundamental à manutenção da paz social, a exemplo da liberdade. Sabe-se, em contrapartida, que a análise de “fundamentalidade” de determinado bem passa por linhas mais profundas, de modo que não pode ser exaurido neste tema. A par desta observação, tendo em vista um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, o legislador só poderá definir como figura típica as condutas cujo resultado apresente ofensa real para determinado bem⁴⁹.

Em linhas gerais, deve-se observar que, a garantia da ofensividade está intrinsecamente relacionada com a necessidade de produção de um resultado jurídico e não meramente natural. Em outras palavras, apenas os crimes materiais exigem a produção de resultado naturalístico, de modo que é suficiente para a consagração dos crimes formais o resultado jurídico. É nesse sentido a redação do artigo 13⁵⁰ do Código Penal. Por sua vez, o resultado jurídico se consubstancia no ideal de violação, ou perigo concreto de lesão, a um bem jurídico penalmente tutelado.⁵¹

É esse o entender de Luiz Flávio Gomes:

⁴⁸FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 424.

⁴⁹*Ibidem*, p.426 *et seq.*

⁵⁰Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE DO FATO**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.40.

Não existe crime sem resultado, diz o art. 13, em sua primeira parte. Leia-se: todos os crimes exigem um resultado. Se é assim, pergunta-se: qual resultado é sempre exigido para a configuração do crime? Lógico que não pode ser o resultado natural [ou naturalístico ou típico], porque esse só é exigido nos crimes materiais. Crimes formais e de mera conduta não possuem ou não exigem resultado natural. Consequentemente, o resultado exigido pelo art. 13 só pode ser o jurídico. Este sim é o que deve estar presente em todos os crimes⁵².

Nesse diapasão, cumpre destacar a íntima relação da ofensividade com a máxima da necessidade, conforme *nulla crimen sine necessitate*. Obtempera-se que para determinada conduta hipotética ser alçada à ilicitude, é essencial que a proibição seja necessária para a sociedade, tendo em vista que a prática de tal ato, vislumbrando um caso concreto, poderia resultar em dano real para o bem jurídico tutelado⁵³. De modo que, “a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições”⁵⁴.

No entanto, o princípio da lesividade e, por conseguinte, da necessidade, não se fazem suficientes para delimitar qual conduta é passível de tipificação. É nesse sentido que se faz essencial o princípio da materialidade – nenhum resultado poderá, ainda que lesivo a relevante bem jurídico, ser punido se não derivar de uma conduta. É nesse entender que “somente a ação externa está em condições de produzir uma modificação do mundo exterior qualificável de lesão”⁵⁵. Além do mais, é ululante que a punição de uma conduta interna iria de encontro absoluto à garantia da necessidade.

Ademais, a culpabilidade também é expressão do modelo garantista, podendo-se extrair tal relação do axioma *nulla actio sine culpa*. Nesses termos, tem-se:

Por exigir dita condição, que corresponde ao chamado “elemento subjetivo” ou “psicológico” do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; consequentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer⁵⁶.

⁵² GOMES, Luiz Flávio. Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE DO FATO**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.40.

⁵³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 426 *et seq.*

⁵⁴*Ibidem*, p.426.

⁵⁵*Ibidem*, p.441.

⁵⁶*Ibidem*, p.447.

A necessidade de configuração da culpa ao praticar dada conduta nem sempre esteve presente no ordenamento jurídico, sendo teorizada pelos iluministas, contexto em que surge a ideologia garantista.

Assim sendo, conclui-se que o princípio da culpabilidade é elemento essencial para assegurar ao indivíduo que, apenas as condutas que praticou com culpa, sentido lato, poderão ser a ele imputadas. É dizer, nasce a garantia de ser apenado apenas, e se, exteriorizar determinada conduta com a devida intenção de lesionar bem jurídico. Tem-se, aqui, relação de complementaridade com o princípio da reserva legal, uma vez que não é suficiente a mera subsunção da conduta à lei, mas sim a imprescindibilidade que essa subsunção se expresse por culpa ou dolo do agente.

2.1.3. Garantias relacionadas ao processo

O conjunto de garantias penais não produziria todos os seus efeitos no fato mundo da vida se, de outro lado, não existissem garantias processuais com vista a assegurar as garantias materiais. É nesse sentido que podemos indicar como garantias processuais básicas a separação entre o juiz e a acusação, o direito do acusado à defesa, o ônus da acusação em provar o alegado e a presunção de inocência do réu até prova em contrário.

De mais a mais, é de notório saber que o direito processual penal também possui dimensão constitucional garantidora, devendo o processo atuar no sentido de preservar a liberdade do acusado, colocando em prática as garantias próprias desse ramo do direito – ou, quiçá, o processo não seja uma garantia em si. Nesse diapasão, demonstra-se:

A tomada de consciência da dimensão constitucional do processo penal ganha relevância na Ciência Processual contemporânea, já que o dever do Estado, de garantir a justiça, é a base do Direito Processual. Esse dever, por sua vez, é o fundamento jurídico constitucional do Direito Processual, expresso por princípios dotados de certo formalismo, cuja função é a de garantir um dos mais preciosos bens jurídicos – a liberdade do acusado⁵⁷.

O modelo garantista traz em sua ideologia, a par dos axiomas acima citados, a máxima da *nulla culpa sine iudicio*. É dizer, não poderá ser imputado dado fato delituoso a alguém se, primeiramente, não houver processo judicial concluso a

⁵⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992, p.77.

respeito. Desse modo, observa-se o princípio-garantia da presunção de inocência do réu. ⁵⁸ Em outras palavras, não poderá o denunciado ser acusado de cometer um delito se tal afirmação não derivar de um processo judicial democrático, tendo sido preservado o contraditório e a ampla defesa, por exemplo. Desse modo, evita-se que o Estado seja arbitrário no exercício do *ius puniendi*, uma vez que “o maior inimigo do homem livre passou a ser o próprio Estado”⁵⁹.

É da necessidade de limitar a atuação Estatal que a garantia da presunção da inocência fora referendada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no bojo do seu artigo 9º, cuja redação prevê que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”⁶⁰.

Contudo, assinala-se que, anterior à previsão expressa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a partir do final do século XVIII tal princípio fora consagrado no ordenamento jurídico, surgindo, *a priori*, de forma indireta no contexto do *Due Process of Law*. Em análise sucinta, registra-se que a presunção de inocência fora, bem como outros ideais democráticos, duramente combatida, principalmente no final do século XIX⁶¹.

No que tange ao Brasil, o princípio acima referido só foi consagrado com o advento da Lex Maior de 1988, em meio às ideologias democráticas e as consequentes ideias garantistas e iluministas, assegurando para os indivíduos proteção contra a atuação desgovernada do Estado.

É evidente que da presunção de inocência do acusado surge a necessidade da acusação provar o alegado. Em outra expressão, se o réu é presumidamente inocente, caberá à acusação provar seu estado de culpado, retirando este da sua posição constitucional de inocência – tem-se, pois, consequência lógica entre a presunção de inocência e o ônus do Estado persecutor. Percebe-se que, se fosse

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 517.

⁵⁹ SAMPAIO, Alex; TÁVORA, Nestor. **Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal**. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 173.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal**. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE DO FATO**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.177

⁶¹ *Ibidem*, p.176 *et seq.*

permitido ao Estado-acusador alegar e não provar, o sujeito presente no pólo passivo do processo não teria condições de se provar inocente, posto que, via de regra, os meios probatórios são de titularidade do próprio Estado – é o exemplo do inquérito policial.

Assim, resta concluir que “o ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui com o axioma *nulla probatio sine defensione*”⁶². Nessa linha de raciocínio, importante preservar um julgamento imparcial, em que se possibilite uma defesa real. É nesse sentido os dizeres de Luigi Ferrajoli asseverando que, em que pese importante todas as garantias processuais, a separação entre juiz e acusação é basilar para a existência das outras, afirmando que “de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação”⁶³.

O magistrado representa o Estado-juiz na solução da jurisdição penal, de modo que reconhecer a possibilidade do próprio Estado julgar e acusar é conceder a este papel esquizofrênico, uma vez que, se for atribuído ao magistrado a função de acusar, seu julgamento será de todo viciado, já que parcial, impossibilitando que o réu se defenda em condição de igualdade, violando a democracia posta pela Lei Maior vigente.

No que tange a garantia do direito à defesa, este possui previsão expressa na Constituição Federal vigente em seu artigo 5º, LV. O direito a defesa constitui, além de um direito, uma garantia a um processo justo, uma vez que deságua no devido processo legal. Ou seja, só é possível devido processo legal se assegurado às partes o direito de se defender das acusações, com os meios legais que fizerem jus.

Neste íterim, é essencial assinalar que, como forma de defesa, a Carta Magna, no artigo supramencionado, consagra o direito ao contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes discute se o contraditório deriva do direito a defesa ou se a defesa deriva do contraditório. É dizer, existe defesa por que existente a possibilidade de contraditar a acusação, ou a possibilidade de contraditar a acusação emana do direito constitucional de defesa? Assim sendo, tem-se:

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 564.

⁶³ *Ibidem*, p. 522.

Não se vislumba, contudo, entre a defesa e o contraditório relação de primazia ou de derivação. Defesa e contraditório estão intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo legal. O processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa, e para que, no seu desenvolvimento, seja garantida a correta aplicação da Justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. São, assim, defesa e o contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro⁶⁴.

Além do mais, pontua-se:

Destacamos que – na teoria – é facilmente apontável a distinção entre contraditório e direito de defesa. Sem embargo, ninguém pode omitir que o limite que separa ambos é tênue e, na prática, às vezes quase imperceptível. Desse modo, entendemos que não constitui pecado mortal afirmar que em muitos momentos processuais o contraditório e o direito de defesa se fundem, e a distinção teórica fica isolada diante da realidade do processo⁶⁵.

Depreende-se, de modo geral, que inexistente relação de derivação dos direitos, de modo que a existência de um pressupõe a existência do outro e vice-versa; em outras palavras, existe complementariedade entre as duas garantias, consagrando-se em uma garantia única, qual seja a de se defender perante o [órgão] acusador.

Outrossim, percebe-se que é inviável abordar a garantia à defesa sem pontuar a existência da ampla defesa, bem como do contraditório. Ademais, a defesa do pólo passivo poderá ser subclassificada, ainda, em defesa técnica – deverá ser acompanhado de um advogado [privado ou público], cuja capacitação técnica sobre os institutos processuais lhe permita defender plenamente o seu cliente, colocando-o em uma situação de paridade de armas com o Estado-acusador⁶⁶; ou autodefesa, sendo esta realizada pelo próprio imputado.

Assim, colaciona-se:

A defesa técnica, para ser ampla como exige o texto constitucional, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. Por outro lado, além de ser garantia, a defesa técnica é também direito e, assim, pode o acusado escolher defensor de sua confiança⁶⁷.

A defesa técnica é essencial ao processo penal, pois é por meio desta que ocorrerá a defesa ampla em todos os seus termos, “lançando-se mão dos meios e recursos

⁶⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.281.

⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.242.

⁶⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. **Op. cit.**, p. 284 *et seq.*

⁶⁷ *Ibidem*, p.284.

disponíveis a ela inerentes”⁶⁸. Tendo por vista assegurar importância a tal instituto, o STF, em sua súmula 523, consagra que a falta de defesa no processo penal configura nulidade absoluta; de outro lado, a sua deficiência só resultará em nulidade quando prejudicial ao réu. Depreende-se, pois, papel fundamental ao instituto da ampla defesa que, se não fora posto em prática, ocasiona, por óbvio, prejuízos ao débil, ficando o seu direito fundamental cerceado, gerando nulidade absoluta.

O direito ao contraditório, por sua vez, devidamente previsto no artigo 5º, LV da Carta Magna vigente, é imprescindível para a própria estrutura dialética do processo, posto que se fundamenta “sobre o conflito disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: acusação [...] e a defesa [...]”⁶⁹.

É da essência do processo a possibilidade da parte contradizer os fatos que lhes forem imputados, de modo que cabe ao magistrado conceder a preservação desse direito que, inclusive, é consubstanciado no direito de audiência. Ou seja, ao juiz é dado o dever de dirigir audiências, possibilitando que ambas as partes do processo penal se manifestem, contraditando os fatos alegados em seu desfavor⁷⁰. Não poderia ser outro o entender de Aury Lopes ao afirmar que “o contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo”⁷¹.

Em suma, tem-se no princípio do contraditório verdadeira expressão do Estado Democrático de Direito, posto que é concedido aos sujeitos processuais a possibilidade de se manifestar no processo, contraditando os fatos que são contra seu interesse, influenciando, portanto, no livre convencimento do magistrado. É dizer, é por meio da possibilidade de contraditar que o autor e o réu poderão externalizar sua versão acerca do fato, bem como suas garantias materiais, até exigindo o cumprimento destas quando desrespeitadas.

Nota-se, pois, que as normas penais materiais seriam insuficientes se não existisse o arcabouço processual para assegurá-las, aplicando-as de forma efetiva no fato mundo da vida quando da materialização de um processo. Nesse sentido, há

⁶⁸TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2010, p.53.

⁶⁹LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.239.

⁷⁰*Ibidem*, p.240.

⁷¹*Ibidem*, *loc. cit.*

necessidade de explorar as leis processuais penais no tempo, cujos princípios serão adiante analisados, uma vez que, a aplicação equivocada da lei processual terminará por violar, em um caso concreto, as normais penais propriamente ditas. Em outros termos, é inviável dissociar a aplicação concreta do processo penal e do direito penal material, uma vez existente relação de completude entre os ramos, sendo necessário o processo para efetivar as disposições e preceitos do campo penal.

Tem-se, pois, princípios básicos assegurados ao indivíduo no processo, quais sejam a ampla defesa e o contraditório, objetivando resguardar os sujeitos processuais, asseverando a consubstancialização dos direitos materiais cuja titularidade lhes pertença. Nesse viés, não se olvida que a aplicação da lei processual influe diretamente no sistema penal, razão pela qual não se pode permitir que, eventualmente, dada aplicação concreta da lei processual venha a ferir garantias penais constitucionalmente asseguradas ao débil.

Outrossim, é imperioso elencar o devido processo legal, ou *due process of law*, como garantia constitucional processual básica assegurada ao réu. A concretização de quaisquer direitos e garantias, sejam processuais ou materiais, tem como base o respeito ao devido processo legal. Este princípio está devidamente certificado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, atestando que nenhum sujeito será privado dos seus bens sem obedecer ao *due process of law*.

Infere-se deste princípio conceituação bastante ampla, uma vez que o devido processo legal é aquele que resguarda todas as demais garantias asseguradas ao réu; inclusive, Márcia Dometila Lima de Carvalho classifica o devido processo legal como um superprincípio, afirmando que o princípio da legalidade nascera deste, nos seguintes termos:

Na realidade, o princípio é de compreensão bastante ampla, dele se deduzindo vários outros princípios ou regras de caráter processual penal. Não se pode olvidar, inclusive, que o princípio básico do Direito e Processo Penal, o princípio da legalidade, expresso na consagrada fórmula: *nullum crimen, nulla poena sine lege* é, nada mais, nada menos, do que um desenvolvimento do princípio do devido processo legal⁷².

Percebe-se, então, que o *due process of law*, princípio constitucional aplicado ao processo penal, resguarda todos os demais princípios constitucionais e

⁷² CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p.78.

infraconstitucionais, na medida em que para a sua concretização é imprescindível que as demais garantias sejam também asseguradas⁷³. Neste ponto, é indispensável pontuar que a observância à lei processual penal, inclusive no que tange a sua aplicação no tempo, é de importância *sine qua non* para garantir que o processo seja, de fato, devido e adequado, nos termos da lei.

Ademais, em que pese inegável ser o processo garantia autônoma, também é garantia que busca concretizar os ditames materiais do direito penal substancial – em nada seria efetivo o direito penal garantista se não houvesse uma forma também garantista pela qual se pudesse concretizar as normas protetivas na vida em concreto.

Conclui-se, portanto, que as garantias relacionadas ao processo colocam o réu em situação de igualdade com o Estado-julgador, fazendo com que surja a possibilidade daquele se defender de eventuais arbitrariedades deste último. É dizer, é com a possibilidade de se defender do que lhe fora imputado que nasce para o réu a garantia de um processo justo, contendo a atuação Estatal arbitrária e exigindo deste um processo democrático nos termos da Constituição Federal de 1988.

Por fim, assevera-se que a lei processual penal, como será visto adiante, merece especial atenção em sua análise intertemporal, posto que a aplicação desta e, por conseguinte, da máxima do *tempus regit actum* – princípio que rege a lei processual penal no tempo- deve respeitar, a todo o momento, as garantias processuais e, por via de consequência, as consagradas no campo do direito material. Ou seja, além da importância inerente das próprias garantias processuais, preservar estas reproduz, ainda, efeitos no campo penal, posto que as garantias processuais e penais se respeitam e se guardam mutuamente.

3. LEI PENAL NO TEMPO

A lei penal é editada em um determinado momento da história e de acordo com as circunstâncias da época de sua elaboração, de modo que sofre as consequências corrosivas do tempo; é dizer, “a lei penal também nasce, vive e morre”⁷⁴. Desse modo, determinada legislação alcançará os atos delituosos praticados durante a sua

⁷³CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 77.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.205.

vigência, possuindo como regra a irretroatividade. Assim, a lei não abarcará fatos praticados antes da sua entrada em vigor, garantindo, inclusive, segurança jurídica para o indivíduo que, por sua vez, terá como saber com precisão quais as condutas legalmente puníveis⁷⁵. Com isso, Guilherme de Souza Nucci preleciona:

A regra geral em direito é a aplicação da lei vigente à época dos fatos [*tempus regit actum*]. No campo penal não ocorre de maneira diversa: ao crime cometido em determinada data, aplica-se a lei penal vigente exatamente no mesmo dia, ainda que posteriormente venha a ser proferida sentença⁷⁶.

Nesse diapasão, tem-se como regra no direito penal a máxima do *tempus regit delicti* no sentido de que será o momento da prática do crime que determinará qual a legislação material a ser aplicada. E, por assim ser, vige o princípio da irretroatividade da lei penal – este diploma não poderá retroagir para alcançar fatos praticados antes de sua vigência, posto que o momento do fato é o que determinará a legislação a ser adotada. Entretanto, tendo em vista a dinâmica da sociedade e a necessidade do direito regulá-la, chegou-se à conclusão que, por vezes, a lei posterior tende a ser melhor do que a lei anterior, vez que mais atualizada⁷⁷.

Nessa toada, consagrou-se no Código Penal Brasileiro [1940], mediante a reforma da parte geral em 1984, que a lei posterior não poderá retroagir, salvo para beneficiar o réu, conforme os termos do artigo 2º, parágrafo único⁷⁸. Posteriormente, tal ideal fora introduzido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XL. O ordenamento jurídico, portanto, admitiu a possibilidade de retroagir para beneficiar o agente. Em suma, pode-se afirmar que “a irretroatividade da lei penal menos favorável é um corolário do *nullum crimen nulla poena sine lege*”⁷⁹, pois garante o mínimo da segurança jurídica.

Guilherme de Souza Nucci pontua que, em que pese o Código Penal traga apenas a previsão da [ir]retroatividade, faz-se presente também a possibilidade da ultratividade da lei revogada. É dizer, a lei revogada poderá ser aplicada ao delito praticado depois da sua vigência se for mais benéfica para o agente da infração, quando

⁷⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.205.

⁷⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.49.

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. cit.** São Paulo: Saraiva, 2013, p.205 *et seq.*

⁷⁸ Parágrafo único: A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

⁷⁹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.114.

comparada com a lei nova posterior. Tais exceções Nucci nomeia de extratividade⁸⁰. Em última análise, a irretroatividade da lei posterior, como regra, resulta na consequência lógica da ultratividade da lei anterior – são, portanto, a mesma ideia vislumbrada de pontos diferentes.

Tem-se, em suma, que o ordenamento jurídico material defende que o tempo da prática do fato irá regê-lo, de modo que a lei a ser aplicada em determinada situação será a lei vigente ao tempo da prática da ação ou omissão. Entretanto, permite a exceção da lei posterior retroagir para beneficiar o réu, bem como da “lei morta” gozar de efeitos ultrativos caso seja mais favorável do que a lei posterior.

Desse modo, Tourinho frisa de maneira incisiva que a lei penal nova só deverá ser aplicada a casos anteriores à sua vigência quando for mais benéfica ao réu, trazendo-lhe benefícios ou, por exemplo, exercendo a *abolitio criminis*; de modo que se o diploma ulterior for mais rigoroso no tratamento do agente delituoso, não deverá retroagir, seguindo, desta maneira, a regra da irretroatividade, gozando a lei anterior, por conseguinte, da ultratividade – é dizer, esta última continuará produzindo seus efeitos após revogada⁸¹.

3.1 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE

3.1.1. Conceito

O princípio da irretroatividade visa à proteção da segurança jurídica, posto que permitir que nova lei opere seus efeitos em casos pretéritos sem qualquer restrição teria por resultado que o sujeito do delito – e até mesmo a sociedade – não possuiria acesso inequívoco à legislação pertinente à época do fato, desconhecendo, por conseguinte, quais as possíveis sanções jurídicas. Resta claro que a admissão de tal hipótese quedaria por violar a segurança jurídica pregada pelo ordenamento jurídico⁸².

⁸⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 49 *et seq.*

⁸¹TOURINHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p 132 *et seq.*

⁸²BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p 169.

A par disso, Cezar Roberto Bittencourt afirma também que o princípio da irretroatividade salvaguarda o direito do sujeito se ver protegido do legislador infraconstitucional, nos seguintes termos:

Tem a finalidade de proteger o indivíduo contra o próprio legislador, impedindo-o de criminalizar novas condutas, já praticadas por aquele, que, desconhecendo tal circunstância, não tem como nem por que evitá-la. Na verdade, a irretroatividade penal é corolário do princípio da anterioridade da lei penal, segundo o qual uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a determinado fato concreto caso estivesse em vigor antes da sua prática⁸³.

Não é outro o entendimento de Paulo Queiroz ao afirmar que “ao adotar os princípios da anterioridade e da irretroatividade das leis penais, objetiva-se, ademais, evitar que seus destinatários sejam surpreendidos por tipos penais que incriminem fatos novos ou agravem [...]”⁸⁴. Em sendo assim, depreende-se que o princípio da irretroatividade termina por garantir o princípio da legalidade e da anterioridade da lei, previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal.

Nessa toada, é imprescindível citar dois exemplos básicos que confirmam a necessidade da irretroatividade ser adotada como regra no sistema penal, de modo a impedir que a *novatio legis* retroaja automaticamente a fatos praticados antes da sua vigência. Faz-se imperioso colacionar os exemplos trazidos por Paulo Queiroz, quais sejam a neocriminalização e a *novatio legis in pejus*.

No tocante à neocriminalização, o autor entende que permitir que a criminalização de um fato novo [antes irrelevante para o direito penal] retroaja, viola o princípio da legalidade, uma vez que não há delito sem lei anterior que o defina⁸⁵. Aceitar a retroação de nova figura criminosa, atingindo as condutas praticadas anteriormente à criminalização, é infringir a legalidade e permitir, por conseguinte, que exista crime sem lei anterior que o defina – tal expressão violaria preceito constitucional previsto no artigo 5º, XXXIX, razão pela qual é eminentemente inviável.

Por sua vez, ao abordar a *novatio in pejus*, afirma que “não poderá retroagir tampouco a norma penal que de qualquer modo der tratamento mais severo a

⁸³BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p 170.

⁸⁴QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, LTDA., 2011, p 100.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 99.

condutas já punidas pelo direito penal, seja criminalizando o que antes constituía simples contravenção, seja impondo disciplina mais gravosa”⁸⁶.

Percebe-se, então, que a irretroatividade deve ser a regra do sistema, posto não ser admitida a retroatividade *in malam partem*, uma vez que a Constituição Federal e o Código Penal Brasileiro apenas excepcionaram a retroatividade para benefício do agente. É dizer, caso a retroatividade fosse a regra permitir-se-ia também a retroação em prejuízo do débil, o que violaria o sistema de garantias do direito hodierno.

3.2. POSSIBILIDADE DE RETROAGIR IN BONA PARTEM

A retroação da lei penal mais benéfica é positivada na Constituição Federal Brasileira de 1988 no seu rol dos direitos fundamentais, em seu artigo 5º, inciso XL⁸⁷. Não se olvida de tal autorização, uma vez que o texto é bastante claro ao permitir que a lei penal retroaja para beneficiar o réu. Da mesma forma, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 2º *caput* e parágrafo único, expressa a vontade do legislador infraconstitucional no mesmo sentido – poderá a lei retroagir para beneficiar o débil.

É inegável a anterioridade do diploma penal, uma vez que fora promulgado em 1942, sendo anterior à Constituição Federal. No entanto, em que pese a Magna Carta seja posterior ao Códex, a retroatividade *in bona partem* prevista no Código Penal ganhou maior substrato jurídico quando do advento da citada Carta. A Constituição da República elencou no rol dos direitos fundamentais a retroatividade em benefício do acusado, atribuindo importância indiscutível ao ideal protecionista.

O artigo 2º, *caput* do referido código disciplina a impossibilidade de o indivíduo ser punido por fato que posteriormente seja retirado da seara penal, expressão maior de benefício ao autor da infração. Ou melhor, quando se permite a retroatividade em benefício impõe-se que não poderá ser permitida a punição quando da existência de lei descriminalizadora. Tem-se, pois, a *abolitio criminis*, que, nas palavras de Nucci “a desconsideração de determinada conduta como infração penal é um forte

⁸⁶QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, LTDA., 2011, p 100.

⁸⁷ Art. 5º, inciso XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

instrumento para gerar a retroatividade da lei penal benéfica à data do fato delituoso, motivo pelo qual insere-se o tema na avaliação da lei penal no tempo”⁸⁸.

Nesse diapasão, Paulo Queiroz afirma que, ao tratar da *abolitio criminis* ou norma descriminalizadora, se uma lei posterior descriminaliza dada ação, é consequência lógica a propagação dos seus efeitos para os casos que já existem, posto que se o Estado opta por não punir dada conduta não há porque subsistir os efeitos do *ius puniendi* aos casos pretéritos⁸⁹.

Colaciona-se, portanto:

Se a intervenção jurídico penal só se justifica quando necessária para a segurança dos cidadãos, segue-se que seus efeitos não podem prevalecer sempre que o Estado renunciar ao poder de punir por meio da abolição do crime [*abolitio criminis*]. Assim, com a descriminalização dos fatos, todos os efeitos jurídico-penais, principais e acessórios, cessam com a cessação da sua causa: a norma penal incriminadora [revogada]⁹⁰.

Tal análise a respeito da *abolitio criminis*, inclusive, poderia decorrer de leitura perfunctória do artigo supra, assinalando, ainda, a extinção da punibilidade do agente que outrora houvera cometido figura [anteriormente] típica, segundo o disposto no artigo 107, inciso III do diploma penal material.

Ademais, o Código Penal traz expressamente a possibilidade da retroação da lei penal mais benéfica ou *novatio legis in melius*. No que toca à benignidade da lei, preleciona Bittencourt que:

Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as consequências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal⁹¹.

É nesse sentir o entender de Nelson Hungria ao afirmar que “no direito transitório, a lei mais favorável é extra-ativa: quando é mais favorável a lei anterior, esta sobrevive à sua revogação [ultra-atividade]; já quando a lei mais favorável for a posterior, projeta-se no passado [retroatividade]”⁹².

⁸⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.50.

⁸⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris* LTDA., 2011, p 102.

⁹⁰*Ibidem*, loc cit.

⁹¹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p 208.

⁹² HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.114.

Outrossim, a *novatio legis in mellius* aplica-se tanto aos processos em andamento quanto aos que já transitaram em julgado, no que for cabível. Colaciona-se, pois, o que segue:

A *lex mitior* – seja *abolitio criminis*, seja qualquer alteração *in mellius* – retroage e aplica-se imediatamente aos processos em andamento, aos fatos delituosos cujos processos ainda não foram iniciados e, inclusive, aos processos com decisão condenatória já transitada em julgado⁹³.

Não resta dúvida, portanto, que a lei mais favorável ao autor da infração retroage em todos os seus aspectos e amplitude, alcançando o andamento processual na fase em que se encontre. Além disso, é mister pontuar que a regulação do direito penal intertemporal passa pela análise do comportamento da lei excepcional e temporária, nos termos do artigo 3^o⁹⁴ do Código Penal.

O referido artigo pontua que será aplicada lei excepcional ou temporária aos fatos ocorridos na sua vigência, ainda que depois de cessada a sua eficácia ou duração. Trata-se, pois, de efeito sempre ultrativo destas leis, sendo exceção clara à regra do artigo 2^o do diploma normativo material.

Como fora dito, o artigo 2^o do Código Penal Brasileiro determina que será aplicada lei posterior quando mais benéfica, configurando retroatividade da *Lex mitior*. Além disso, a Carta Magna, em seu artigo 5^o, prevê a retroatividade em benefício do réu. No entanto, o artigo 3^o do diploma citado dispõe que, no que tange às leis circunstanciais ou com prazo de duração, estas serão executadas ainda que lei posterior seja mais benéfica ao agente do delito, uma vez que se assim não o fosse, estas leis perderiam o sentido da sua existência. Nessa toada, faz-se imperioso leitura de passagem nesse sentido:

As leis excepcionais ou temporárias são leis que não respeitam a regra prevista no artigo 2^o do Código Penal, ou seja, o princípio da retroatividade benéfica. Se o fizessem seriam inócuas, pois, cessado o prazo de sua vigência, todos os criminosos que estivessem sendo punidos pela prática de infrações penais nesse período excepcional ou temporário teriam benefícios⁹⁵.

O artigo 3^o, portanto, reconhece efeitos ultrativos às leis excepcionais e temporárias, não aplicando aos casos regulados por esses diplomas as leis mais benéficas que venham a ser editadas ao fim da vigência das leis intermitentes. Entretanto, esta

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p 211.

⁹⁴ Art. 3^o: A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinarem, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.57.

regulamentação do artigo sofre críticas doutrinárias, posto que, segundo parte da doutrina, violaria preceito constitucional, uma vez que a Constituição Federal previu que a lei mais benéfica deverá retroagir⁹⁶, de modo que não disciplinou sobre efeito ultrativo de lei, mas sim da retroação da mais benéfica.

O efeito ultrativo decorreria da irretroatividade da lei novel prejudicial, não possuindo fundamento a lei pretérita gozar de efeito ultrativo se a *novatio legis* for benéfica. Por assim ser, o Código Penal não poderia conceder ultratividade destes diplomas quando da existência de lei posterior mais benéfica, pois estaria fazendo prevalecer efeitos ultrativos [não previstos no Texto Magno] mais severos em face dos efeitos retroativos de lei mais benéfica.

De outro modo, parte diversa prega pela constitucionalidade do artigo, devendo este ser analisado segundo a intenção do legislador infraconstitucional e mediante observância ao aspecto histórico referente ao surgimento de tal preceito constitucional⁹⁷.

Guilherme de Souza Nucci se convencia de que a ultratividade das leis intermitentes seria constitucional, posto que esvaziaria o sentido da sua existência permitir que lei posterior desconstituísse as sanções aplicadas aos fatos típicos disciplinados no corpo normativo das leis excepcionais e temporárias⁹⁸. Em outras palavras, estas leis trariam consigo regulamentação específica para determinado tempo ou dada situação tendo em vista agravar a pena de dada conduta, buscando intimidar os sujeitos à prática do delito em face de contexto especial previsto no diploma legal.

Segundo esta corrente doutrinária, o fator “tempo” integraria o tipo penal, “significando que, ao deixar de existir, não traz, em seu lugar, nenhuma outra norma aplicável à mesma hipótese”⁹⁹. Exemplifica-se:

Uma lei penal seria editada para dobrar as penas dos delitos contra o patrimônio enquanto durasse o estado de calamidade pública. Dever-se-ia ler o tipo penal excepcional do furto do seguinte modo: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, durante estado de calamidade pública ocorrido no período de...”. Uma vez encerrado esse tempo, tornaria a vigorar a anterior forma de punição, que não se poderia considerar nova norma penal, sujeita à irretroatividade prevista na Constituição. Voltar-se-ia

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.59.

⁹⁷ *Ibidem*, p.57 et seq.

⁹⁸ *Ibidem*, loc. cit.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 58.

ao tipo penal anterior, de diferente redação: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”¹⁰⁰.

É dizer, existiriam normas distintas. A lei intermitente traria consigo outra redação do tipo penal, incluindo o tempo ou a causa excepcional pela qual foi criada e, cessada a sua vigência, a lei anterior que estaria com seus efeitos suspensos voltaria a produzi-los, ou, lei nova seria editada. Entretanto, seja em uma ou outra situação, os tipos das leis permanentes seriam diferentes da intermitente, de modo que, por não haver igualdade de tipos, não há como falar em retroatividade da lei posterior mais benéfica para cessar os efeitos de lei distinta¹⁰¹.

Coaduna com este antigo posicionamento de Nucci – e, *a posteriori* será explicitada sua nova posição-, José Frederico Marques ao afirmar que:

Nessas leis, o tempo integra a norma punitiva, ou como condição de maior punibilidade, exterior ao tipo, ou como elemento a este inerente. A pena cominada liga-se ao fato descrito no preceito primário, porque este foi cometido em determinada época ou durante o desenrolar-se de algum acontecimento excepcional. O crime então consiste na prática de certo fato em determinado tempo, ou enquanto perduram ou se desenvolvem certos acontecimentos¹⁰².

Entretanto, não se pode presumir que o tipo da lei intermitente abranja a circunstancia “tempo”, posto que se assim o fosse o legislador infraconstitucional o faria por meio de lei permanente, a exemplo do delito de furto quando praticado noturnamente, cujo fator “tempo” é indispensável para atribuição de causa de aumento.

Entende-se, desse modo, que o legislador edita determinadas leis para punir temporariamente os fatos típicos consagrados nas leis temporárias e excepcionais, não lhe sendo negada ultratividade quando da ausência de lei posterior mais benéfica, mas sim negando quando esta existir e regular o feito. É dizer, o tipo penal da lei intermitente e da lei posterior mais benéfica não poderiam ser diferenciados com base na temporalidade da lei excepcional ou temporária, posto que essa circunstância é determinante para a sua criação, mas não está abrangida pelo seu tipo.

Frederico Marques entende, ainda, que o efeito ultrativo das leis excepcionais e temporárias não são contrários ao artigo 5º, XL da Constituição Federal, posto que é

¹⁰⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.58.

¹⁰¹*Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁰² MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2002, p.234.

consequência necessária dos citados diplomas infraconstitucionais. Se tais leis nasceram para regular determinada situação excepcional ou para vigor por tempo específico, não dotá-las de efeitos além da sua vigência seria torná-las inócuas¹⁰³. Ou seja, seria da essência das leis intermitentes seus efeitos irem além da sua vigência.

Segundo o autor, o legislador infraconstitucional, ao elaborar o Código Penal Brasileiro, teria ciência de que autorizar a criação das leis excepcionais e temporárias é admitir vigência determinada destas, de modo que cessada a circunstância legitimadora da sua existência ou findo o prazo de sua vigência, as mesmas seriam derogadas de imediato¹⁰⁴. Isto é, seria editada uma lei sabendo da sua auto-revogação.

Em outras palavras, não aceitar que esses diplomas gozem de eficácia além da sua vigência seria acatar que a edição delas é de todo inaproveitável, uma vez que derogada, não mais serviria para o ordenamento jurídico. Estar-se-ia criando, então, uma lei verdadeiramente inútil. Nesse sentir, Frederico Marques afirma que “se tais leis não fossem dotadas de ultra-atividade, seriam inócuas para grande número de infratores, porquanto fácil lhes seria evitar as sanções ali cominadas”¹⁰⁵.

Além do mais, Soler *apud* José Frederico Marques assevera que:

Agrava as penas de certos fatos cometidos durante um período determinado, e, vencido o prazo da lei, o direito comum mais benigno recobrasse seu império com efeito retroativo, redundaria isso em total ineficácia da lei temporária; daí se afirmar ordinariamente a subsistência das sanções mais graves, contidas nas leis que já estabelecia sua auto limitação temporal, e que, em consequência, tinha perfeitamente previsto o término de sua vigência¹⁰⁶.

Ademais, posteriormente, Guilherme de Souza Nucci admitiu [acertadamente], em sua obra Manual de Direito Penal, seu novo posicionamento discordante da teoria acima ventilada. Em seu entendimento atual, assevera que a Constituição Federal de 1988, ao trazer exceção à irretroatividade da lei – retroação da mais benéfica - não expressou sua vontade em admitir exceção da exceção. É dizer, não

¹⁰³MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2002, p. 222 et seq.

¹⁰⁴*Ibidem, loc. cit.*

¹⁰⁵*Ibidem, 222.*

¹⁰⁶ SOLER, *apud* MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2002, p.222.

condicionou a retroatividade da *Lex mitior* a nenhuma circunstância, de modo que lei infraconstitucional não poderia fazê-lo¹⁰⁷.

Ademais, afirma que o artigo 3º do Código Penal não deixou expresso que o fator “tempo” constituiria o próprio tipo penal, de modo que seria inadmissível a doutrina atuar, unicamente, em juízo de pressuposições. Assim sendo:

O referido art. 3º não especifica ser o período de tempo integrante do tipo penal; cuida-se de criação doutrinária. E mesmo que se pudesse deduzir tal incorporação, quando a lei intermitente perde a vigência, em seu lugar, por certo, surge norma mais favorável ao réu, merecendo sobreposição no tocante à anterior¹⁰⁸.

Nesse íterim, mediante análise hierárquica das normas, deveria prevalecer a redação constante do artigo 2º do Código Penal, pois, em que pese seja do mesmo diploma normativo, possui fulcro constitucional, inadmitindo-se que a lei intermitente goze de efeitos além da sua vigência, quando existente norma posterior mais benigna. Ou, melhor dizendo, dever-se-ia prevalecer o disposto no artigo 5º da Constituição Federal.

Ainda mais, tendo em vista o sistema de garantias apregoado pelo Direito Penal vigente, não se poderia assentir a propagação dos efeitos após cessar a vigência de lei temporária e excepcional que punisse de forma mais grave determinado fato típico, uma vez existente lei mais branda. Tal admissão iria de encontro com o ideal de garantias. Se o direito penal deve atuar apenas em *ultima ratio*, adotar a amenização da sua intervenção é corroborar com o verdadeiro Estado Democrático de Direito¹⁰⁹.

Por sua vez, Paulo Queiroz assevera, tendente à sua ideologia abolicionista, a inconstitucionalidade do artigo 3º do Código Penal, ao afirmar que o termo final das leis intermitentes resultaria na descriminalização da conduta, vez que não há crime sem lei que o defina, de modo que o Estado ao descriminalizar a conduta estaria renunciado ao *ius puniendi*. Assim sendo, não haveria fundamento racional para prosseguir na acusação dos fatos típicos realizados na vigência da lei, uma vez que o Estado renunciou implicitamente o seu direito de punir, tendo exercido a *abolitio criminis*¹¹⁰.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.59.

¹⁰⁸*Ibidem, loc. cit.*

¹⁰⁹*Ibidem, loc. cit.*

¹¹⁰QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. Salvador: Juspodivm, 2012, p.140.

Ex positis, colaciona-se:

Ademais, quando o prazo legal de duração da lei sobrevém, o Estado renuncia, ainda, que implicitamente, ao poder de punir, não se justificando, também por isso, a penalização dos infratores, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade, inclusive; afinal, a pena já não é necessária para a prevenção geral e especial de novos delitos. E o só argumento prático-utilitário de lhes assegurar a função motivadora não é suficiente para legitimar a pretendida ultra-atividade¹¹¹.

Ante o exposto, entende-se pela inconstitucionalidade do artigo 3º do Código Penal Brasileiro, tendo por fundamento a determinação expressa do texto constitucional em legislar sobre a retroação de lei mais benéfica, bem como parece ser concordante com o sistema de garantias permitir que o débil se beneficie da lei posterior mais branda, já que é dever do direito penal atuar de forma mínima e necessária.

Compreende-se, ainda, que as leis intermitentes cumpririam seu efeito intimidador, preventivo, na medida em que os indivíduos não atuam contando com a sorte de edição da lei posterior, mas sim com a regulação dada a determinado fato no momento do cometimento da infração.

A par do que fora analisado acima, é imperioso ventilar acerca do direito intertemporal no que toca aos crimes continuados e permanentes. Por certo, essas figuras não se confundem, possuindo significação distinta. O crime permanente é aquele cuja execução se protraí no tempo, configurando apenas uma única ação¹¹². Por sua vez, o crime continuado é uma ficção jurídica criada para beneficiar o réu quando este cometer mais de uma ação ou omissão, nos termos do artigo 71 do Código Penal Brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, objetivando regulamentar temporalmente tais figuras, editou a súmula 711, cujo conteúdo se expressa pela seguinte locução: “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”¹¹³.

De certo, é indiscutível a aplicação da lei posterior, ainda que mais grave, aos crimes permanentes quando sua vigência for anterior à cessação da ação delituosa,

¹¹¹QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 141

¹¹²BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.

¹¹³Disponível em

<http://dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0711.htm> Acesso em 26 de maio de 2015, às 12:47.

uma vez que este crime é tido como um único delito, cuja execução se alonga no tempo¹¹⁴. Em outros termos, a lei posterior cuja vigência se dê durante a permanência do delito, ainda que mais grave, deverá ser aplicada ao caso concreto, pois, estaria a obedecer à máxima *tempus regit delicti* de modo que esta aplicação em nada tem a ver com retroatividade da lei penal.

Em caráter exemplificativo, tendo em vista ser unívoco tal entendimento doutrinário, Rogério Grego também entende pela aplicação da lei posterior mais grave quando vigente antes de cessada a permanência do fato típico, fazendo jus à redação da referida súmula do Supremo Tribunal¹¹⁵.

De outro lado, parte da doutrina entende haver equívoco na súmula pontuada, no que toca ao crime continuado. A Excelsa Corte se enganou ao equiparar, para fins de aplicação da lei penal, o crime continuado e o permanente, sendo errônea a aplicação deste entendimento sumulado aos crimes continuados.

O legislador brasileiro criou a ficção jurídica “crime continuado” para beneficiar o débil na aplicação da pena, uma vez que reconhece que, nestes casos, as condutas ou omissões criminosas são distintas, podendo ocasionar sanção extremamente elevada. Assim sendo, unificou, para efeitos de aplicação da condenação, as ações do agente, concedendo tratamento menos prejudicial na aplicação da penalidade¹¹⁶.

É nesse sentir o entendimento de Zagrebelski *apud* Cezar Roberto Bitencourt:

Admitir, como pretende a súmula 711 do STF, a retroatividade da lei penal mais grave para atingir fatos praticados antes de sua vigência, não só viola o secular princípio da irretroatividade da lei penal, como ignora o fundamento da origem do instituto do crime continuado, construído pelos glosadores e pós-glosadores, qual seja o de permitir que os autores do terceiro furto pudessem escapar da pena de morte¹¹⁷.

De certo, o crime continuado tem o objetivo de contemplar beneficentemente o autor da infração, o que não ocorre com a aplicação da Súmula 711 que não observou ser o delito continuado a união fictícia de várias condutas criminosas, cada uma em si. Desse modo, estaria permitindo a aplicação da retroatividade *in malam partem*, figura esta que é claramente repudiada pelo ordenamento jurídico.

¹¹⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p 219.

¹¹⁵GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p 110.

¹¹⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. cit.**, p 219 *et seq.*

¹¹⁷ ZAGREBELSKI, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220

Tem-se, ainda que “o texto da Súmula 711, determinando a aplicação retroativa de lei penal mais grave, para a hipótese de crime continuado, estará impondo pena [mais grave] inexistente na data do crime para aqueles fatos cometidos antes de sua vigência” ¹¹⁸.

Nucci, entretanto, compartilha da opinião de Nélson Hungria, defendendo que ao crime continuado deve ser dado o mesmo tratamento intertemporal relativo aos crimes permanentes, de modo que “se uma lei nova tiver vigência durante a continuidade, deverá ser aplicada ao caso, prejudicando ou beneficiando” ¹¹⁹.

Nota-se, entretanto, que o artigo 119 do Código Penal reconhece a existência de condutas criminosas distintas no crime continuado ao determinar que a “extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente” ¹²⁰. Nesse sentir, navegando pela disciplina estabelecida pelo direito ao crime continuado, a exemplo do que ocorre na diferenciação para extinção da punibilidade, é inadmissível que tratamento temporal igualitário seja conferido ao crime continuado e ao permanente, vez que são figuras distintas e, portanto, não se confundem.

De mais a mais, permitir a retroação da lei mais severa seria modificar, por via de consequência, a prescrição dos fatos pretéritos, o que, por conseguinte, violaria frontalmente o artigo 119 do referido diploma, indo de encontro ao princípio da reserva legal¹²¹. Dessa forma, parece ser equivocada a súmula 711 da Corte Suprema ao comparar as duas figuras que, por origem, são distintas, bem como por afrontar a irretroatividade da lei penal ao permitir a aplicação do diploma posterior mais severo aos crimes continuados, tendo em vista que esta ficção jurídica abrange o cometimento de dois ou mais crimes diferentes e fora elaborada como forma de beneficiar o acusado – nunca para prejudicá-lo.

Em última instância, tal permissão queda por violar as garantias do réu que tem direito de ver em seu favor a lei vigente à época da figura delituosa ou norma posterior mais benéfica, conforme a retroatividade *in bonam partem* – única admitida no direito penal. Com isso, permitir aplicação da súmula 711 do Pretório Excelso aos crimes continuados é permitir que haja, por vias transversas, a retroatividade de lei

¹¹⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p 221.

¹¹⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.56.

¹²⁰ Art. 119 – No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

¹²¹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. Cit.**, p. 221.

mais gravosa aos crimes que já haviam se consumado quando da vigência da lei posterior maléfica.

Além do quanto exposto, conclui-se que o legislador infraconstitucional procurou, a todo o momento, abrandar legalmente a situação do agente da infração, tendo em vista que este merece proteção, já que o Estado pode, se não controlado e limitado, se tornar arbitrário. Nesse sentido de limitação do *ius puniendi* tem-se, por exemplo, a acertada súmula 611 da Suprema Corte, ao eximir de dúvida que o juiz da execução deverá aplicar a lei mais benigna, consagrando, portanto, que a todo o instante o direito penal material deverá agir em favor das garantias do acusado, procurando assegurar a intervenção mínima e a garantia da liberdade do sujeito, não só em abstrato, mas também em concreto.

Ex positis, a disciplina conferida à lei penal no tempo deveria ser contemplada, também, na aplicação da lei processual penal, uma vez que estes ramos do direito se relacionam em suas garantias. Pontua-se, pois, que foge à lógica conferir ao objeto do processo [direito penal] tratamento diferenciado do seu instrumento [processo penal], pois existe relação de completude dos dois ramos, em que pesem sejam juridicamente autônomos. É nesse sentido que se fez indispensável a abordagem sobre a intertemporalidade da lei penal, de modo a relacioná-la com o processo.

Quer-se dizer, aplicar o *tempus regit actum* no sentido de imediatividade da lei ao processo penal, permitindo que a lei mais gravosa produza seus efeitos de imediato, inclusive, atingindo de forma prejudicial os processos em andamento, é dar tratamento diferenciado aos ramos do direito, colocando de lado que ambos precisam de disciplina similar para que a maquinaria do sistema penal funcione em termos lógicos e garantistas, como pretende a Constituição Federal.

No tocante ao processo penal, entretanto, os aplicadores do direito apenas cumprem a máxima da imediatividade, ou *tempus regit actum* processual, não se atentando para os ideais apregoados pela Constituição Federal, bem como os consagrados no direito penal, de modo que ambos os diplomas devem ser obtemperados quando da análise prática do processo.

Permitir eventual violação concreta aos princípios constitucionais processuais em face de aplicação imediata da lei, ainda que mais gravosa, é tolerar que o processo

e o direito penal possuam disciplina, quase, antagônicas, o que, por óbvio, não possui acerto, na medida em que os dois ramos do direito portam função comum, qual seja a proteção do indivíduo detentor de relação processual penal com o Estado.

É perceptível, então, que autorizar que a lei processual mais prejudicial ao acusado produza seus efeitos de imediato em processo já iniciado é, conforme será analisado adiante, contrastar com a estrutura garantista que se pretende aplicar ao processo penal, bem como com a substância protecionista do direito penal material. Desse modo, chama-se atenção para a necessidade de mudança de tratamento conferido ao direito processual intertemporal, devendo-se atribuir tratamento democrático e compatível com o sistema penal-processual, momento este que será abordado em minúcias mais a frente.

4. LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO

Não se olvida que a lei é fonte primordial do direito em geral, de modo que todos os seus desmembramentos necessitam de regulamentação legal, ou seja, é essencial para a existência de determinado ramo jurídico que este possua leis que o discipline. Do mesmo modo, portanto, ocorre com o processo penal.

O processo penal, instrumento indispensável para a execução do direito penal e, dessa forma, intrinsecamente relacionado a este, também é regido por diplomas legais. Assim sendo, tem-se, no transcorrer natural do tempo, leis processuais penais que se sucedem, resultando na necessidade de regulação destas. É dizer, é preciso regulamentação acerca do direito processual penal intertemporal, de modo a permitir ao intérprete do direito, bem como ao seu aplicador, distinguir o diploma legal adequado aos casos mundanos em dada situação em concreto que tenham suscitado o processo.

Nessa toada, o legislador infraconstitucional estabeleceu no Código de Processo Penal, em seu artigo 2º, tal disciplina, elegendo como regra geral o *tempus regit actum* processual. Em outras palavras, aplicar-se-á ao processo penal de imediato a lei vigente ao momento da realização do ato processual. Pode-se mencionar, então, que desta máxima surtirão dois efeitos, quais sejam “a) os atos processuais

praticados sob a vigência da lei anterior são considerados válidos; b) as normas processuais têm aplicação imediata”¹²².

Afirma-se, portanto, que a regra geral do ordenamento jurídico permite que, no curso processual, diversas leis sejam aplicadas caso exista edição superveniente que se subsuma ao processo em trâmite.

Imperioso pontuar que a lei processual penal não retroage, pois tende a regular o processo da data da sua vigência em diante, preenchendo o lugar de eventual lei pretérita que regulamentasse o feito processual – nesse caso, deve-se asseverar que os atos já praticados na vigência da lei antiga deverão ser mantidos, uma vez que já acabados¹²³.

Além do mais, caso nova lei que regulamente a processualística seja editada de forma menos benéfica ao réu deverá ser aplicada aos fatos que estão por ser realizados, uma vez que é o tempo do ato que regerá a sua regulamentação, conforme regra geral prevista no artigo 2º do Código de Processo Penal. Ou seja, ainda que a nova lei venha, segundo caso em concreto, retirar do réu garantias que lhe são de direito, terá que ser observada de imediato.

Destarte, é mister pontuar que da regra geral supratranscrita é possível entender que esta abarca a teoria da divisibilidade do processo, admitindo que este seja algo divisível e, portanto, permitindo que a aplicação de lei processual seja feita de modo independente. Neste tocante, verifica-se:

[...] a lei processual está sempre voltada “para o futuro”, como toda lei, porque governa os atos que começam a ser realizados a partir da sua vigência. O que provocaria, então, uma espécie de “ultra-atividade” da lei anterior, pois os atos realizados conforme a lei processual anterior não perderiam sua validade, mas devem ser valorados conforme a legalidade que provém da lei vigente naquele momento.

Esta definição parte do conceito de “divisibilidade” do processo em unidade de significado, que seriam os próprios atos do processo considerados de forma independente – o depoimento, a orientação de certas resoluções, a realização de determinados atos de prova etc¹²⁴.

Como será visto adiante em pormenores, da regra da imediatividade, é dizer, da aplicação da lei processual penal de imediato, pode-se concluir que o legislador

¹²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 99.

¹²³ Art. 2º Código de Processo Penal – A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validados dos atos realizados sob vigência da lei anterior.

¹²⁴ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.96 *et seq.*

infraconstitucional não se preocupou em resguardar as garantias processuais e penais conferidas ao réu, uma vez que não pontuou, em caráter de ressalva, que esta lei, caso resultasse em prejuízos diante de um caso em concreto, não deveria ser aplicada. Tem-se, portanto, uma possível violação [em concreto] de garantias do réu e incongruência com o direito penal material, ao permitir que lei mais severa seja aplicada no decorrer de um processo cuja regulamentação estivesse sendo realizada por diploma mais benéfico.

Em suma, estar-se-á discutindo não a violação em abstrato a princípios constitucionais e infraconstitucionais, pois, nesse caso, *prima facie*, seria reconhecida a sua inconstitucionalidade, encerrando-se as discussões; mas sim, a possibilidade do diploma processual penal, em circunstâncias concretas, ferir garantias constitucionais, penais e processuais, conferidas ao pólo passivo da relação. Imperioso fora, então, ressaltar a relação do direito material com o processo, frisando que as garantias, por vezes, se confundem, razão pela qual segue ilógico permitir que o processo siga de encontro com o garantismo material.

4.1 ESPÉCIES DE LEIS PROCESSUAIS

A priori, antes de adentrar à regra da imediatividade das leis processuais penais, é preciso identificar onde se encontra o problema e, para tanto, torna-se essencial distinguir as espécies de leis processuais. Sendo assim, toma-se por base a seguinte classificação: lei processual penal pura e lei processual penal mista ou híbrida.

Pontua-se que, para esta classificação, alguns doutrinadores, a exemplo de Aury Lopes Junior, Nestor Távora e Fernando da Costa Tourinho Filho, trazem à tona a classificação da lei penal. É sabido, entretanto, que quanto a esta não há controvérsia. Contudo, sem visar maiores explicitações para a lei penal pura, parte-se para o conceito de Aury Lopes Junior:

A lei penal pura é aquela que disciplina o poder punitivo estatal. Dispõe sobre o conteúdo material do processo, ou seja, O Direito Penal. Diz respeito à tipificação de delitos, pena máxima e mínima, regime de cumprimento etc. Para essas, valem a regra do Direito Penal, ou seja, em

linhas gerais: retroatividade da lei penal mais benigna e irretroatividade da lei mais gravosa¹²⁵.

Cabe aqui adentrar nas classificações da lei processual penal, de modo que se buscou apenas demonstrar a existência da classificação quanto à lei penal propriamente dita, diferenciando-a das demais leis processuais, pretendendo que se entenda sua regulamentação intertemporal [anteriormente explanada] para compreensão das leis processuais penais híbridas – e, por conseguinte, que se vislumbre o tratamento conferido à lei processual penal pura.

Ventilando-se acerca da lei processual penal propriamente dita, é possível elencá-la como pura ou híbrida. A lei processual pura é aquela que trata apenas de matéria processual, ou, por vezes, procedimental¹²⁶. De outro lado, a lei processual penal híbrida abrange conteúdo processual e material, de modo que sua aplicação intertemporal se dá de forma diferenciada.

Por fim, delineia-se que o cerne do problema referente à regulação intertemporal da lei processual penal se dá na análise das leis processuais penais puras, ou penal híbrida no que tange à parte processual, quando já se iniciado o processo. Em outras palavras, para analisar a problemática é preciso se ater à casuística processual, averiguando se no caso em concreto fora editada lei processual penal nova e se esta lei processual que advier deverá produzir seus efeitos a processos já deflagrados cuja produção resultaria, concretamente, em violação às garantias constitucionais analisadas em capítulo anterior.

4.1.1. Lei processual penal pura

O diploma legal que se atêm à disciplina unicamente processual recebe a nomenclatura de lei processual penal pura. É dizer, tem-se uma lei que trata apenas das questões processuais, que “regula o início, desenvolvimento ou fim do processo e os diferentes institutos processuais”¹²⁷.

¹²⁵LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.257 *et seq.*

¹²⁶ Em que pese processo e procedimento não se confundam, como será visto adiante, a lei dita processual penal pura poderá trazer em seu corpo matérias unicamente procedimentais, posto que o procedimento é essencial para a realização do processo. É dizer, cabe ao diploma processual regular sobre a sua forma de externalização.

¹²⁷LOPES JUNIOR, Aury. **Op. cit.**, p.258.

No tocante à lei processual pura, aplicar-se-á, de acordo com o ordenamento atual, *ipsis literis* o disposto no Código de Processo Penal em seu artigo 2º. Em outros termos, a lei processual produzirá efeitos de imediato, respeitando os atos processuais já acabados sob a vigência da lei pretérita. Portanto, identificando-se que a lei regulamenta apenas o processo, impõe a regra geral que esta possua aplicabilidade imediata.

Neste quesito, encontra-se a problemática da regulação intertemporal das normas processuais. Há de ser analisada se a norma processual pura, quando acometer seus efeitos em determinada conjuntura fática, retirará garantias do acusado inerentes ao desenrolar justo e não abusivo do processo. É dizer, uma vez que a lei advinda retire concretamente do réu o direito a um processo devido e paritário, bem como os demais direitos emanados desses corolários básicos, dever-se-ia negar a aplicação imediata da lei processual – o que não acontece no ordenamento atual. Noutro sentido, tal problemática não deverá ter êxito no que tange à lei processual unicamente procedimental. Assim sendo:

Tratando-se de normas meramente procedimentais, que não impliquem aumento ou diminuição de garantias – como ocorre com regras que modificam a competência ou alteram a forma de intimação – terão igualmente aplicação imediata (CPP, art. 2º), alcançando o processo no estado em que se encontra e respeitados os atos validamente praticados¹²⁸.

Em suma, deverá ser analisada e discutida, ao longo do corrente texto, a lei processual penal pura e sua regulamentação intertemporal, se tornando imprescindível a distinção entre processo e procedimento, bem como a intenção do legislador infraconstitucional ao editar o artigo 2º do Código de Processo Penal, tendo em vista a aplicação de disposições mais benéficas ao réu ao editar a Lei de Introdução do Código de Processo Penal Brasileiro, conforme o disposto em seus artigos 3º e 6º. Analisar-se-á também o viés do sistema de garantias e a produção de seus efeitos na intertemporalidade das leis processuais. Ante o exposto, é que se fará necessário aprofundar o aqui enunciado em capítulo posterior.

¹²⁸ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Processo Penal**. Salvador: juspodivm, 2012, p.142.

4.1.2 Lei processual penal híbrida

Existem, ainda, as leis processuais penais híbridas ou mistas, cuja denominação faz referência a existência de conteúdo material e processual em um mesmo diploma legislativo.

Neste quesito, a disciplina intertemporal da lei processual penal híbrida tende a variar. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues defendem que a aplicação da lei se dará de modo bipartido, é dizer, o seu conteúdo material obedecerá à regra da irretroatividade, comportando a exceção da retroatividade quando mais benigna, e a parte processual será disciplinada pela aplicabilidade imediata das leis processuais, conforme artigo 2º do Código de Processo Penal. Dessarte, cumpre enunciar:

Como não pode haver cisão, deve prevalecer o aspecto penal. Se este for benéfico, a lei será aplicada às infrações ocorridas antes da sua vigência. O aspecto penal retroage, e o processual terá aplicação imediata, preservando-se os atos praticados quando da vigência da norma anterior¹²⁹.

Nesse sentido, defendem que quando a norma penal for prejudicial ao réu, “a nova norma não terá nenhuma incidência aos crimes ocorridos antes de sua vigência e, por conseguinte, o processo iniciado, todo ele, será regido pelos preceitos processuais previstos na antiga lei”¹³⁰.

É em sentido similar a posição de Rômulo de Andrade Moreira no que se refere às normas processuais penais híbridas. Para este autor, caso a norma processual também abarque regras de conteúdo material, dever-se-á aplicar a irretroatividade da lei, salvo quando mais benéfica ao réu, aplicando-se, pois, o disposto no direito penal material. Assevera, ainda, que a aplicabilidade imediata das normas processuais penais deverá ser afastada caso o diploma processual híbrido seja prejudicial ao acusado, prevalecendo-se a ultratividade da lei anterior – é dizer, aplicar-se-ia, novamente, regulamentação referente ao direito material¹³¹.

Depreende-se do pensamento de Rômulo Moreira o posicionamento de que, quanto à lei processual penal híbrida, o critério intertemporal será regido pelas regras existentes no Direito Penal. Coaduna com esta posição, Aury Lopes Junior, afirmando que “existem as leis mistas, ou seja, aquelas que possuem caracteres

¹²⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2010, p.46.

¹³⁰ *Ibidem*, *loc cit.*

¹³¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, 780.

penais e processuais. Nesse caso, aplica-se a regra do Direito Penal, ou seja, a lei mais benigna é retroativa e a mais gravosa não”¹³².

Nesse ensejo, o Supremo Tribunal Federal aplica às normas processuais penais híbridas a regra da irretroatividade pertinente ao direito penal material, uma vez que no tocante ao processo, a legislação se refere a sua eficácia “para frente”¹³³, e nunca “para trás”. Logo, por vezes, a egrégia corte aplica às normas processuais mistas a legislação atinente ao direito penal, convergindo com o entender de Rômulo Moreira e Aury Lopes Jr.

Antes o exposto, colaciona-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS CONSUMADOS E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO. SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. 2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes. 3. Recurso desprovido. (STJ - REsp: 1193083 RS 2010/0084224-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/08/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/08/2013)¹³⁴

Discussão importante deve ser trazida à baila quanto à aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal que fora reformado em 1996, trazendo à tona debate sobre a sua aplicação por ter sido definido como norma híbrida, marco importante para o posicionamento das cortes sobre a aplicação intertemporal da lei mista. Alcança-se, pois, o quão importante fora a alteração do citado diploma normativo, sendo forçoso breve escorço acerca deste e das dúvidas que suscitou quando da sua modificação.

¹³²LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.258.

¹³³ É imperioso pontuar que parte da doutrina garantias brasileira, a exemplo de Aury Lopes Junior e Romulo de Andrade Moreira, entendem pela possibilidade de discutir a lei processual quanto à irretroatividade, e conseqüente retroatividade quando mais benigna. Entretanto, tal discussão não se subsume ao tema em questão, cujo objetivo é a análise do princípio da imediatividade, não adentrando nos aspectos retroativos da lei processual que, inclusive, não fora trazido pela Carta Política de 1988.

¹³⁴Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24098875/recurso-especial-resp-1193083-rs-2010-0084224-0-stj>> Acesso em 16 de abril 2015, às 09 horas.

A lei 9.271/96 alterou a redação do artigo 366¹³⁵ do Código de Processo Penal, estabelecendo que ocorrerá a suspensão do processo e do prazo prescricional quando o réu, citado por edital, não comparecer em cartório e nem constituir advogado. Estabeleceu-se a suspensão do processo e da prescrição, e aqui reside a problemática suscitada quando da edição da lei.

Ao tempo da edição e vigência do diploma normativo supramencionado, discutiu-se, a sua aplicação aos processos anteriores a sua vigência perpassando pela análise da natureza jurídica da lei, se processual pura ou se híbrida¹³⁶. No entanto, de logo fora superada a discussão sobre a sua natureza, perdurando a confusão doutrinária e jurisprudencial quanto à aplicação intertemporal. Decidiu-se, pois, pela natureza híbrida ou mista da norma¹³⁷, posto que a lei abarcava alterações de cunho processual [a suspensão do processo] e de cunho evidentemente material [a suspensão da prescrição]¹³⁸.

¹³⁵ Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

¹³⁶ SILVA, Marco Antônio Chaves da. Da inaplicabilidade do Art. 366 CPP aos Processos Anteriores à Vigência da Lei 9.271/96. **REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**. Salvador: Edições Ciência Jurídica, Nova Alvorada Edições LTDA, vol. 6, n.8, jan./dez. 1997, p. 196 *et seq.*

¹³⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹³⁸ PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRELIMINAR. NULIDADE. PORTE DE ARMA DE FOGO. CITAÇÃO POR EDITAL. FATO OCORRIDO EM 2003. APLICAÇÃO DO ART. 366 DO CPP COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.271/96. IRRETROATIVIDADE. AOS FATOS ANTERIORES À LEI Nº 9.271/96 NÃO SE APLICA A SUSPENSÃO DO PROCESSO, NEM DO CURSO DA PRESCRIÇÃO, PREVISTA NO ALTERADO ART. 366 DO CPP. ISSO PORQUE A NORMA DESSE ARTIGO É HÍBRIDA, JÁ QUE CONTÉM TANTO DISPOSIÇÕES DE DIREITO PENAL (PRESCRIÇÃO) QUANTO DE DIREITO PROCESSUAL (SUSPENSÃO DO PROCESSO). EM QUE PESE A REGRA DA APLICAÇÃO IMEDIATA DA NORMA PROCESSUAL, O ASPECTO PENAL EXISTENTE NO MESMO DISPOSITIVO IMPEDE SUA APLICAÇÃO A FATOS ANTERIORES À SUA VIGÊNCIA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA, VEDADA A CISÃO DA NORMA PARA SE APLICAR APENAS A P ARTE BENÉFICA AO RÉU, CONFORME PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES. ASSIM, SE NULA A DECISÃO QUE SUSPENDEU O PROCESSO E A PRESCRIÇÃO COM BASE NO ARTIGO 366 COM REDAÇÃO DA LEI Nº 9.271/96, RELATIVA A FATO OCORRIDO EM 2003, RESTAM NULOS, POR CONSEQUÊNCIA, TODOS OS ATOS A ELA POSTERIORES, INCLUSIVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. NESSE CENÁRIO, O NORMAL SERIA A REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM, PARA, COM BASE NA ANTIGA REDAÇÃO DO ARTIGO 366 DO CPP, A DECRETAÇÃO DA REVELIA DO RÉU, A NOMEAÇÃO DE DEFENSOR E O PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO. OCORREU, TODAVIA, A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ACUSADO EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, COM FUNDAMENTO NOS ARTIGOS 107, IV, E 109, V, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. JULGADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO ACUSADO. (TJ-DF - APR: 74769120038070009 DF 0007476-91.2003.807.0009, Relator: MARIO MACHADO, Data de Julgamento: 02/07/2009, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 27/07/2009, DJ-e Pág. 184) Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5440010/apr-apr-74769120038070009-df-0007476-9120038070009>> Acesso em 16 de maio de 2015.

Estabelece o Diploma Processual Brasileiro que a lei processual penal terá sua incidência de imediato, enquanto que, de outro ponto de vista, a Constituição Federal e o Código Penal optam pela irretroatividade da lei penal, excetuando a retroatividade da *Lex mitior*. Questiona-se qual regra intertemporal deverá ser aplicada quando da incidência de lei processual mista, já que comporta, além de processo, conteúdo de direito material.

Nos termos de Marco Antônio, “ao aplicador é importante identificar, dentro dos princípios de interpretação da norma, qual o sentido que norteou o legislador na edição do novo art. 366”¹³⁹. Assim sendo, é imperioso compreender se o legislador infraconstitucional tinha a intenção de que prevalecesse o caráter material da norma ou o processual; é dizer, se o intuito maior fora suspender a prescrição ou o processo e, a partir de tal estudo, eleger a regra intertemporal que deverá acarretar seus efeitos.

Parte dominante da doutrina e da jurisprudência entende pela aplicação das normas intertemporais relativas ao direito penal: irretroatividade da lei mais prejudicial, não sendo permitida a aplicação em separado do diploma legal¹⁴⁰. Nota-se, pois, evidente intenção de proteção ao acusado ao fazer prevalecer normas do direito material, e não a aplicação imediata da lei aos processos em andamento. Assim sendo, compreende-se que os intérpretes do direito tendem sempre à proteção do réu com fulcro na norma mais favorável, razão pela qual concluem por sobressair a aplicação da lei no tempo nos ditames da seara penal.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça¹⁴¹, por exemplo, são no sentido de que o artigo 366 do Códex não poderá ser aplicado aos delitos cometidos antes da

¹³⁹ SILVA, Marco Antônio Chaves da. Da inaplicabilidade do Art. 366 CPP aos Processos Anteriores à Vigência da Lei 9.271/96. **REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**. Salvador: Edições Ciência Jurídica, Nova Alvorada Edições LTDA, vol. 6, n.8, jan./dez. 1997, p.197

¹⁴⁰ RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 366 DO CPP. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INCONSTITUCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. TESE AFASTADA. PROVIMENTO. Quando da suspensão do processo, prevista no art. 366 do CPP, com alteração da Lei nº 9.271/96, deve ser aplicada em conjunto a suspensão do prazo prescricional. Ausência de ofensa à Constituição Federal. Aplicação integral do art. 366 do CPP. Recurso ministerial provido.(Recurso em Sentido Estrito Nº 70054733928, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 24/10/2013). Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113438397/recurso-em-sentido-estrito-rse-70054733928-rs>> Acesso em 16 de maio de 2015, às 13:43.

¹⁴¹ PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. RÉU REVEL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO LAPSO PRESCRICIONAL. CRIME COMETIDO ANTES DA LEI 9.271/96. INAPLICABILIDADE. Reiterada jurisprudência desta Corte no sentido de que as disposições do art. 366 do CPP, com a sua nova redação dada pela Lei 9.271/96, sendo norma de natureza híbrida,

vigência da lei de nº 9.271/96, porquanto ser a suspensão do prazo prescricional prejudicial ao réu. Assim sendo, a nova redação do artigo supracitado não poderia produzir seus efeitos aos processos relativos a delitos cometidos antes da lei, mas que ainda estejam em andamento; ou seja, afasta-se a aplicação do *tempus regit actum* que rege matéria de caráter processual, adotando como paradigma o tempo da conduta delitiva e não o tempo da prática do ato processual.

Cumprido destacar, também, o posicionamento da Suprema Corte:

HABEAS-CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE, EM CONCURSO DE PESSOAS. ALEGAÇÕES: NÃO PUBLICAÇÃO DO EDITAL DE CITAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL, DEFESA PRÉVIA DEFICIENTE, REVELIA DECRETADA NA VIGÊNCIA DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (LEI Nº 9.271/96), EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA E NÃO REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO PACIENTE, QUE FOI PRESO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. A publicação do edital de citação só é obrigatória nas comarcas em que haja imprensa oficial: interpretação do art. 365, V e parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes. 2. A ausência ou deficiência da defesa prévia não é causa de nulidade do processo penal, seja porque não é peça essencial à sua validade, seja porque o defensor constituído foi regularmente intimado para a prática do ato. Precedentes. 3. Não pode ser aplicado retroativamente o que dispõe a nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal, dada pela Lei nº 9.271, de 17.04.96, com eficácia a partir de 17.06.96 (art. 2º), porque o crime foi praticado em 12.06.96. Precedentes. 4. A alegação de excesso de prazo para a formação da culpa não pode ser alegada após a lavratura da sentença condenatória, a qual absorve tal nulidade, se ocorrida. 5. Há violação ao art. 185 do Código de Processo Penal quando o réu não é interrogado, mesmo que preso no período que medeia entre a lavratura da sentença e o julgamento da apelação, até porque o interrogatório é meio de prova. Precedente. 6. Habeas-corpus conhecido e deferido, em parte, para anular o acórdão que julgou a apelação do paciente e determinar que se proceda ao seu interrogatório, de forma que, só então, novo acórdão seja lavrado. 7. Indeferido o pedido de soltura do paciente porque a sentença estabeleceu como condição para apelar o seu recolhimento ao cárcere. (STF - HC: 76206 SC, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 19/05/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 14-08-1998 PP-00003 EMENT VOL-01918-01 PP-00186)¹⁴²

Inferre-se que o Pretório Excelso interpretou a norma híbrida constante do referido artigo conforme os ditames do direito material ao fazer referência ao princípio da

processual (suspensão do processo) e material (suspensão da prescrição), não podem ser cindidas, sendo inaplicável por inteiro o citado dispositivo legal às infrações cometidas antes da vigência da Lei 9.271/96. Precedentes. Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp: 205731 SP 1999/0018194-8, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 13/06/2000, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07.08.2000 p. 130) Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342991/recurso-especial-resp-205731-sp-1999-0018194-8>> Acesso em 16 de abril de 2015, às 13:43.

¹⁴²Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740862/habeas-corpus-hc-76206-sc>> Acesso em 22.05.2015, às 19.30.

irretroatividade, decidindo, inclusive, pela sua irretroatividade, na medida em que a nova redação, em partes, ocasionaria prejuízos concretos ao acusado.

Não é outro o entender do Ministro Celso de Mello na medida em que, como relator ao julgar a Extradicação de nº 829, decidiu da seguinte forma:

É que o Supremo Tribunal Federal - tendo presente a importância político-jurídica da cláusula de garantia inscrita no art. 5º, XL, da Constituição da República (HC 79.501-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - firmou jurisprudência no sentido de que a Lei nº 9.271/96, por qualificar-se como "lexgravior", não se estende a eventos delituosos praticados em momento anterior ao da sua vigência, ocorrida a partir de 18/6/96. Ora, como precedentemente assinalado, os delitos de homicídio em questão - imputados, ao ora extraditando, pelo Ministério Público espanhol - teriam sido cometidos em 10/4/1980. Esse dado de ordem temporal torna inaplicável, à espécie em referência, a causa de suspensão prescricional a que alude, em norma mais gravosa, o art. 366 do CPP, na redação que lhe deu a Lei nº 9.271/96. É que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já se pronunciou no sentido da inadmissibilidade da suspensão do lapso prescricional, fundada na Lei nº 9.271/96, quando referida, a sua aplicabilidade, a fatos delituosos praticados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (HC 74.695-SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO): "Dada a estreita conexão teleológica, na Lei 9.271/96, entre a norma processual que determina a suspensão do processo contra o revel citado por edital e a norma penal que, na mesma hipótese, suspende o curso da prescrição, não é possível aplicar a primeira, aos processos pendentes, porque processual e mais favorável, quando impossível aplicar a segunda, penal e menos favorável." (RT 750/562, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

"O artigo 366 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 9.271/96, é uma norma de natureza mista, porquanto encerra preceito de direito processual (a suspensão do processo) e dispositivo de direito penal (suspensão do curso do prazo de prescrição). O primeiro princípio é mais benéfico para o réu, o que não sucede com o segundo, e, em casos como este, para o efeito de aplicação do princípio da retroatividade da 'lexmitior', prevalece o preceito de direito penal, que, sendo mais gravoso, afasta a retroatividade da norma em sua integralidade, por ser indivisível, até porque, se se admitisse a suspensão do processo sem a suspensão do curso do prazo da prescrição, estar-se-ia criando um terceiro sistema que não é nem o da lei nova, nem o da lei antiga."(HC 75.284-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei) ¹⁴³

A Suprema Corte, pois, possui entendimento sedimentado acerca da aplicação do artigo 366, levando à conclusão que, no que se refere às normas processuais penais híbridas, aplicar-se-á, em toda a norma, o disposto para a legislação material, qual seja a irretroatividade da *lex gravior*, devendo ser aplicada, como regra, a norma vigente quando da prática da conduta típica.

¹⁴³Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14816762/extradicao-ext-829-ep-stf>> Acessado em 22.05.15, às 19.37.

Nesse sentido, tendo em vista a intenção de tutela constante, esta proteção não poderia ser acostada de lado quando da análise de diploma processual puro, uma vez que o processo é uma garantia em si, assim como é o meio pelo qual se concretizam as garantias processuais e materiais e, uma vez utilizando-se de aplicação menos favorável ao se tratar de lei processual, deixa-se de lado todo o sistema protetivo, fazendo com que a ciência criminal se torne ilógica.

Noutras palavras, ter-se-iam disciplinas estanques para ramos do direito que, em que pese independentes como ciências, se completam quando da aplicação, não sendo possível pensar o direito penal sem o seu processo, bem como o processo sem o direito material. Desse modo, depreende-se que atentar para interpretação benéfica em um momento e ignorá-la em outro, foge ao esperado pelo Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, portanto, que, atualmente, não há grandes discussões acerca da lei processual penal híbrida, ou ao menos, não é o que se pretende ao discutir-se a aplicação intertemporal da lei processual penal. Buscou-se, apenas, pontuar a intenção protetiva dos tribunais e dos doutrinadores ao aplicar a lei híbrida, fazendo com que prevaleçam as regras intertemporais relativas à lei penal, uma vez que mais benéfica para o acusado. No entanto, em verdade, objetiva-se a análise da lei processual penal pura, almejando ir além do lugar comum estabelecido no Código de Processo Penal, qual seja o consubstanciado no brocardo *tempus regit actum* processual.

4.2 LUGAR COMUM: *TEMPUS REGIT ACTUM* E IMEDIATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL – ART. 2º CPP

A priori, cumpre repisar que fora eleita pelo legislador infraconstitucional, no que tange ao processo penal, a regulamentação do feito pela lei vigente à época da prática do ato processual; é dizer, a lei processual penal a ser aplicada em um caso concreto será a vigente ao momento da realização do ato processual, razão pela qual vige a imediatividade, consubstanciada no brocardo *tempus regit actum* processual.

Deve-se contrapor, neste quesito, o *tempus regit actum* vigente no âmbito processual com as regras da seara material. Ao passo em que a lei processual aplicável ao processo será a que estiver em vigor no momento da prática do ato processual, o direito penal erige como marco de sua aplicação normativa o tempo do delito¹⁴⁴. Ou seja, os dois ramos se diferenciam no que toca aos critérios temporais para a aplicação da norma. Diante disso, tem-se:

De acordo com o art. 2º do CPP, que consagra o denominado princípio *tempus regit actum*, “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. cComo se vê, por força do art. 2º do CPP, incide no processo penal o princípio da aplicabilidade imediata, no sentido de que a norma processual aplica-se tão logo entre em vigor, sem prejuízo da validade dos atos já praticados anteriormente. Portanto, ao contrário da lei penal, que leva em conta o momento da prática delituosa [*tempus delicti*], a aplicação imediata da lei processual leva em consideração o momento da prática do ato processual [*tempus regit actum*¹⁴⁵].

De mais a mais, escolheu-se estabelecer, no artigo 2º do Código de Processo Penal, a regra de que a lei processual penal será aplicada de imediato, respeitando os atos processuais perfeitos. Tem-se, portanto, o princípio da imediatividade. Assim sendo, a regra geral é no sentido de que, ao iniciar um processo relativo a determinada infração penal, aplicar-se-á a lei processual vigente à data da perpetração do ato processual, e na existência de uma novatio legis no curso do processo, esta deverá ter aplicabilidade imediata aos atos que serão ainda praticados, pouco importando se mais gravosa ou não.

Repassa-se, pois, que se no decorrer da relação processual for editada nova lei, esta deverá produzir seus efeitos neste processo já iniciado, aplicando-se aos atos ainda não realizados, preservando os atos acabados. Neste quesito, assevera-se que tal lei superveniente deverá alargar seus efeitos de imediato ainda que, no caso em concreto, viole garantias inerentes ao indivíduo. No entanto, cumpre ressaltar a disciplina diversa trazida pelo artigo 3º e 6º da lei 3.931/1941, a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal Brasileiro.

O artigo 3º¹⁴⁶ da referida lei preleciona que, em que pese a entrada em vigor do Código de Processo Penal, o prazo processual já iniciado seria regulado pela lei

¹⁴⁴LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.99.

¹⁴⁵*Ibidem, loc cit.*

¹⁴⁶ Art. 3º O prazo já iniciado, inclusive o estabelecido para a interposição de recurso, será regulado pela lei anterior, se esta não prescrever prazo menor do que o fixado no Código de Processo Penal.

anterior, desde que não disponha prazo menor do que o previsto no código. Percebe-se, com base em simples leitura do artigo, que o legislador infraconstitucional afastou o princípio da imediatividade, permitindo que a lei anterior continue sendo aplicada ainda que da entrada em vigor de lei nova, salvo no caso da lei nova ser mais benéfica.

Não se pode alegar aqui a obediência à aplicabilidade imediata da lei, tentando afirmar que é inerente à imediatividade a preservação da eficácia dos atos perfeitos concretizados antes da lei nova, posto que a redação do artigo refere-se aos “atos iniciados”, não dispondo que estes foram perfeitamente finalizados. Com isso, é forçosa a conclusão de que o legislador reconheceu a necessidade de afastar a aplicação imediata da lei nova, o que manifesta seu intuito ao legislar sobre a imediatividade, qual seja a proteção do réu, e não o seu prejuízo.

Além do mais, o legislador se preocupou em garantir que, caso a lei anterior dispusesse de prazo recursal inferior ao disposto no diploma codificado, aplicar-se-ia o código. É evidente, portanto, a sua preocupação com as garantias processuais do réu. Apesar de a lei datar de 1941 não se pode negar que houve uma preocupação com o respeito à lei anterior, evidenciando que este respeito está limitado a uma lei posterior mais vantajosa. Nesse sentido, admitir no mundo contemporâneo um espírito do aplicador da lei diferente deste constante no supramencionado artigo é burlar a proibição ao retrocesso.

O mesmo acontece no artigo 6º¹⁴⁷ do decreto lei nº 3.931/1941. Este artigo estabelece que as ações penais cujas provas testemunhais já tivessem sido iniciadas prosseguiriam com o rito da lei anterior, não aplicando o Código de Processo Penal. Mais uma vez o legislador afastou a aplicabilidade imediata do código para se preservar a regulamentação da lei anterior.

Assinala-se que, novamente, não houvera menção a preservação do ato processual já findo, mas sim do ato processual apenas iniciado. Não pode ter sido outra a intenção do legislador infraconstitucional que não a preservação do indivíduo, assegurando-lhe, no caso, benefícios no que tange à instrução probatória testemunhal, norma eminentemente processual.

¹⁴⁷ Art. 6º As ações penais, em que já se tenha iniciado a produção de prova testemunhal, prosseguirão, até a sentença de primeira instância, com o rito estabelecido na lei anterior.

Conclui-se, conseqüentemente, que fora reconhecido por aqueles que editaram o Código de Processo Penal que o princípio da imediatividade pode ser afastado quando causar prejuízos em concreto, retirando ou diminuindo garantias, tanto o é que o próprio Código de Processo teve sua aplicabilidade prorrogada, conforme os artigos 3º e 6º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.

Nesses termos, depreende-se que o legislador infraconstitucional optou por entender o processo como uma relação divisível, sendo possível de ser fracionada por diversas leis mediante conflito intertemporal. Entretanto, na lei de introdução utilizou a divisibilidade reconhecida ao processo de forma benéfica ao acusado, garantindo-lhe a norma mais benigna quando já iniciado o prazo recursal ou a oitiva de testemunhas.

Noutro giro, ao elaborar o artigo 2º do Códex processual, a leitura fria da lei nos leva a crer que a divisibilidade do processo será considerada para a aplicação imediata do diploma legal, não sopesando eventuais danos concretos que a lei advinda poderá ocasionar. Nota-se, assim, suposto conflito de ideias: em um primeiro momento, o legislador prorroga a aplicação do Código de Processo Penal para alguns atos que já foram iniciados e, em segundo momento, permite que a nova lei irradie de imediato seus efeitos, não pondo em ressalva a sua prorrogação caso ocasione prejuízo concreto ao acusado. É necessário, portanto, harmonização entre essas normas, razão pela qual se infere que o artigo 2º do Código de Processo Penal deve ser interpretado conforme a intenção que o legislador expressou no primeiro momento.

Em que pese o processo tenha sido considerado como mecanismo divisível, é neste tocante que se faz indispensável a diferenciação entre processo e procedimento, razão pela qual torna-se possível compreender que o legislador, *permissa vênia*, equivocou-se em confundi-los ou em não diferenciá-los; o procedimento tende a ser divisível, mas o processo deve ser visto como objeto uno, regra geral.

Não há dúvidas que processo e procedimento não se confundem, em que pese tenham relação de proximidade, uma vez que a doutrina já vem distinguindo os dois institutos e, sobretudo, a leitura do artigo 22 e 24 da Magna Carta torna transparente tal distinção. Em outros termos, estabeleceu o legislador constitucional que cabe à União legislar privativamente sobre processo, enquanto cabe à União, Estados e ao

Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimento. Assim sendo, a mera leitura perfunctória do texto constitucional levaria à diferenciação de ambos¹⁴⁸.

Este critério de diferenciação, disposição na Constituição Federal ao tratar de processo e procedimento, é posto em evidência por Salomão Viana, afirmando que, *prima facie*, pela simples interpretação do texto constitucional já se faz diferenciar os dois institutos. Entretanto, apesar da distinção real entre processo e procedimento, entende-se que o legislador constitucional quis se referir a procedimentos administrativos como, por exemplo, atos de cartório, uma vez que não cabe ao Estado regular prazos diferentes para o mesmo procedimento penal.

É irreal pensar que cada Estado da federação poderia, exemplificativamente, estabelecer prazos diferenciados para o recurso de apelação. Se assim o fosse, o processo-procedimento seria uma verdadeira insegurança. Discutir-se-á determinado quesito mais adiante.

O processo, a par da discussão acerca da sua natureza jurídica, é visto como uma relação jurídica firmada entre autor, magistrado e réu¹⁴⁹. E como toda e qualquer relação jurídica, devem ser estabelecidos os direitos e deveres para os integrantes, que necessitam, por óbvio, ser respeitados – sobretudo, os direitos do réu-, protegendo, por assim ser, as garantias elencadas pelo próprio direito processual e, por via de consequência, as oriundas do sistema penal¹⁵⁰, ambos relacionados ao âmbito constitucional.

Deduz-se que o processo é o instrumento pelo qual tais direitos e obrigações serão contemplados em sua inteireza. Isto posto, cumpre citar:

O processo penal, enquanto instrumento de efetivação de garantias constitucionais, é uma segurança do cidadão de quem uma vez acusado da prática de um crime, serão assegurados a ele todos os mecanismos de proteção contra atos arbitrários por parte do Estado, pois seu *status* de não culpabilidade se mantém intacto, enquanto não houver sentença penal condenatória transitada em julgado. Logo, diferente do que se possa

¹⁴⁸ VIANA, Salomão. *Temas de Direito Penal e Processual Penal: Estudos em Homenagem ao Juiz Tourinho Neto*. SCARPA, Antônio Oswaldo; HIRECHE, GamilFoppel (Coord.). **PROCESSO E PROCEDIMENTO: METAMORFOSE E “FEED BACK”**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 530.

¹⁴⁹ Alguns autores, a exemplo de Paulo Rangel, defendem a necessidade de citação válida do réu para que a relação processual seja criada, tendo-se, pois, uma relação jurídica triangular, conforme lição presente no seu livro *Direito Processual Penal*. Em contrapartida, Salomão Viana entende pela desnecessidade de citação do réu para que a relação processual seja firmada, defendendo que a citação é apenas ato de procedimento decorrente de um processo já estabelecido pelo autor e Estado-juiz, nos termos do seu artigo *Processo e procedimento: metamorfose e “feedback”*, conforme acima referenciado.

¹⁵⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p.513 *et seq.*

pensar, a instauração de um processo criminal é a certeza que o indivíduo tem de que seus direitos serão respeitados¹⁵¹.

Infere-se que o processo penal existe como instrumento da preservação dos direitos concedidos ao indivíduo que, momentaneamente, se assenta na condição de réu. É imprescindível assegurar a este os direitos constitucionais e infraconstitucionais conferidos em sua condição de pessoa humana - e mais, enquanto necessidade de impedir atuação arbitrária Estatal¹⁵².

Indo além, assevera Rogério Laura Tucci que o processo é o ideal que se objetiva, qual seja preservação dos direitos quando no exercício da jurisdição, enquanto o procedimento é o *modus operandi*, a maneira de se materializar o processo¹⁵³; conforme o exposto:

Dai a diferença entre processo e procedimento: enquanto aquele corresponde ao movimento no seu aspecto intrínseco, com uma projeção ideal, este representa o mesmo movimento, visualizado, todavia, em sua forma extrínseca, concretamente, isto é, "tal como se exerce pelos nossos órgãos corporais e se revela aos nossos sentidos" ¹⁵⁴.

É indiscutível que o Estado tem em seu controle o monopólio da acusação e do desenrolar processual, sendo de sua titularidade o poder de perseguir e de punir, conforme seja o caso. Desse modo, como forma de limitar tamanho poderio, é imprescindível a edição de um mecanismo eficiente para tal, devidamente regulamentado em lei, uma vez que cabe ao Estado, embora monopolizador da jurisdição, segui-las e respeitá-las, conforme o princípio da legalidade, base fundante do Estado Democrático de Direito.

É essencial, ainda, que exista um meio pelo qual as garantias materiais sejam conferidas aos indivíduos, posto que totalmente inócuas seriam se não pudessem sair do plano das ideias. Nesse contexto, surge o processo penal como mecanismo eficiente e necessário para garantir o acima explanado¹⁵⁵. De modo elucidativo, pode-se ter o processo como uma ponte entre o mundo abstrato e o mundo concreto, em que o mundo abstrato surge para reger o mundo concreto e, por isso, precisa possuir um meio de ir além do deve-ser, tornando-se o ser.

¹⁵¹RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p.513.

¹⁵² *Ibidem*, p. 516 *et seq.*

¹⁵³TUCCI, Rogério Laura. **Teoria do Direito Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.231 *et seq.*

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.232.

¹⁵⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p.516 *et seq.*

À vista disso, “o processo, portanto, é o procedimento em contraditório entre as partes, e a essência do procedimento está na simétrica paridade da participação [ou seja, na igualdade entre as partes]” ¹⁵⁶. Por sua vez, a igualdade entre o Estado e o réu apenas poderá ser obtida se fora salvaguardado os direitos inerentes ao débil, colocando-o em situação igualitária a partir da limitação da força Estatal, razão pela qual é indubitável que o processo é o instrumento essencial na proteção das garantias do sistema penal-processual.

Quer-se dizer que, além de ser indispensável para a preservação das garantias próprias processuais, vez que o Direito Processual figura como ramo autônomo e consubstancia uma garantia em si, é também parte fundamental para resguardar as garantias asseguradas pelo direito penal.

Nesse sentido, tendo por vista que o processo objetiva a proteção do indivíduo em seus direitos e garantias, conclui-se que é um ato unitário, vez que possui um único objetivo: proteção no desenrolar da solução do fato típico concretamente praticado. Não é outro o entender de Paulo Rangel ao afirmar que:

A unidade é representada pelo fim colimado pelo processo, qual seja, solução do caso penal, sem descuidar dos direitos e garantias constitucionais do acusado. Todos os atos que nele são praticados têm essa finalidade. A realização de cada ato novo não cria uma nova relação processual, é a mesma. Ela é unitária¹⁵⁷.

Mediante sua finalidade inquestionável, pode-se afirmar que o processo penal, de fato, é “instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral” ¹⁵⁸, de modo a proteger o indivíduo que fora submetido à situação de réu das arbitrariedades e eventuais irregularidades perpetradas pelo Estado-juiz, posto que ninguém poderá ser retirado do seu estado de inocência de forma abusiva. Por outro lado, o procedimento não se confunde com o processo, em que pese caiba ao Direito Processual Penal, além de regular as relações jurídicas que lhes são inerentes, regulamentar os procedimentos deste sistema.

O procedimento nada mais é do que a externalização do processo; é dizer, sendo o processo os atos unos que objetivam assegurar as garantias do acusado, é necessário um meio externo pelo qual tais atos tornem-se possíveis de serem

¹⁵⁶RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 521.

¹⁵⁷*Ibidem*, p.522.

¹⁵⁸TUCCI, Rogério Laura. **Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.33.

visualizados¹⁵⁹. Em outros termos, o procedimento é a forma necessária para que o Estado alcance o fim do processo¹⁶⁰, qual seja a solução do caso com a conservação dos direitos e garantias penais-processuais e constitucionais. É assim o posicionamento de Paulo Rangel:

O processo, portanto, é a atividade desenvolvida pelo Estado-juiz com a função de aplicar a lei ao caso penal concreto. O procedimento é a maneira como essa atividade irá se realizar e se desenvolver. Ou seja, o processo é o movimento em sua forma intrínseca; o procedimento é esse mesmo movimento, porém visto de fora, extrinsecamente¹⁶¹.

Salienta-se:

O procedimento é a face extrínseca do processo, montada para permitir o desenvolvimento da face intrínseca, conforme as alterações pelas quais a face intrínseca passa. Tais alterações, de sua vez, são consequências dos diversos atos praticados no curso do próprio procedimento¹⁶².

Assim, procedimento, é o aspecto exterior do processo, estando a serviço do mesmo, tendo por fim último o alcance da finalidade processual, qual seja a solução do conflito penal trazido à jurisdição, atentando-se para a preservação da *ius libertatis*, contemplando, por via de consequência, as garantias constitucionais¹⁶³.

Tem-se, pois, que o procedimento é a externalização da preservação dos direitos e garantias do débil [externalização do processo], de modo que não se confunde com o processo em si. E, nesse sentido, por ser a forma pela qual é possível vislumbrar no fato mundo da vida a relação processual, o procedimento é divisível.

Nesse contexto que se tornaria factível, para a doutrina, a abordagem do procedimento, por exemplo, em ordinário ou sumário, inexistindo esta classificação para o processo, porquanto seja este uno, indivisível¹⁶⁴. Seria, inclusive, desarrazoado permitir que a preservação das garantias do réu seja fracionada, assegurando-a em determinado momento e violando-a em outros, é dizer, fuge do ideal da democracia a divisão do processo.

Não é diferente o entender de Antonio Scarance Fernandes ao afirmar que o procedimento é a concatenação de atos, que embora independentes entre si,

¹⁵⁹RANGEL, Paulo. **Op. cit.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p 524.

¹⁶⁰*Ibidem*, loc. cit.

¹⁶¹*Ibidem*, loc. cit.

¹⁶²VIANA, Salomão. *Temas de Direito Penal e Processual Penal: Estudos em Homenagem ao Juiz Tourinho Neto*. SCARPA, Antônio Oswaldo; HIRECHE, GamilFoppel (Coord.). **PROCESSO E PROCEDIMENTO: METAMORFOSE E “FEED BACK”**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 533

¹⁶³ *Ibidem*, p. 534.

¹⁶⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p.524.

buscam a realização de um ato final, e deste originar-se-á a situação jurídica. Cada ato, portanto, possui efeitos próprios e corpo próprio, operando seus efeitos no decorrer do procedimento, tendo em vista o alcance do resultado último procedimental¹⁶⁵.

É mister pontuar que, embora a conceituação de processo e procedimento realizada pela doutrina seja correta do ponto de vista abstrato, quanto aos exemplos práticos trazidos não se pode afirmar no mesmo sentido. Processo, de fato, é o ideal a ser perseguido, é o meio pelo qual se concretiza os direitos e garantias do réu; e, por outro lado, procedimento é, realmente, o corpo exterior do processo.

Entretanto, atribuir ao procedimento sumário e ordinário, como se faz cotidianamente, aspectos unicamente procedimentais é permitir que não se assegure a esses meios as garantias que lhe são próprias, na medida em que as alterações meramente procedimentais são incapazes de gerar dano aos réus de processo já em curso e, portanto, são aplicáveis de imediato – afinal, também é preciso se autorizar a atualização do ordenamento pátrio, entendendo-se, pois, que as alterações unicamente procedimentais visam a esse fim.

É inegável que a maquinaria processual precisa ser remodelada às necessidades da sociedade, sob pena de se tornar ineficaz, utilizando-se, para tanto, de edição de leis processuais-procedimentais suscetíveis no tempo. Dito isso, firma-se, pois, que a disciplina intertemporal estabelecida pelo Código de Processo Penal deve atingir as leis procedimentais. Acentua-se que quanto a estas seria viável a aplicação imediata de leis novas, porquanto modificações procedimentais não têm o condão de retirar do réu garantias outrora asseguradas.

E, por assim dizer, é imprescindível distinguir, em concreto, o que verdadeiramente é processo e procedimento, uma vez que o tratamento dado a esses setores será diferente. Pensa-se o procedimento como atos de efetivo andar processual como, *verbi gratia*, as alterações cartorárias, o procedimento para juntada de peças aos autos ou a forma pela qual os autos serão entregues ao Tribunal. E assim também se entende o que quis ser dito pelo legislador constitucional, nos artigos 22 e 24 da Carta Política vigente.

¹⁶⁵SCARANCA, Antônio Fernandes. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 114 *et. seq.*

Noutro giro, o que é tido como procedimento ordinário ou sumário dever-se-ia entender como processo. O processo, o ideal de preservação de direitos, seguirá pela via ordinária ou sumária, conforme o definido pelo legislador, tendo em vista facilitar o andamento processual, na medida do que for possível. E, neste ponto, enquadram-se os prazos: embora a maioria da doutrina exemplifique o prazo como via de procedimento, não se pode dizer que as alterações de prazo para apresentação de peça sejam meramente procedimentais, pois, assim, estar-se-ia autorizando a sua alteração por lei nova, ainda que esta diminua o prazo recursal, por exemplo, em processo dantes iniciado.

A diminuição de determinado prazo por lei ulterior que incidisse em processo já deflagrado ocasionaria, sem sombra de dúvidas, prejuízo ao réu que deveria, por conseguinte, se manifestar de forma mais rápida no processo, o que, concretamente, lhe poderia provocar prejuízos na qualidade da sua defesa. Sendo assim, o argumento da celeridade processual roubaria o lugar da ampla defesa e do contraditório em todas suas facetas, o que se tem por inadmissível.

Ante o exposto, repisa-se, primeiramente, que o procedimento trazido à tona pela Constituição Federal seriam os procedimentos administrativos, aqueles que não interferem diretamente na preservação das garantias do acusado. Em segundo, infere-se que procedimento ordinário e sumário, nada mais são do que o processo em si, uma vez que, se procedimento o fosse, suas alterações poderiam se dar em prejuízo do réu.

Ante o exposto, nota-se quão imperiosa a distinção entre processo e procedimento para se entender a execução da lei processual penal no tempo. De certo, a redação do artigo 2º do Código de Processo Penal, ao estabelecer a imediatividade da lei, não atentou para essa diferença entre os dois institutos.

Como outrora afirmado, infere-se do citado artigo que a lei processual incidirá de logo no processo, independente de ser prejudicial ao réu. No entanto, como já pontuado, permitir essa incidência imediata sem atentar para prejuízos concretos é inobservar o sistema de garantias apregoado pelo nosso sistema constitucional-penal.

Nessa linha, observe que é preciso definir um limite temporal inicial para ser usado como parâmetro na definição da lei processual a ser aplicada. É dizer, do mesmo

modo que o Direito Penal intitula como ponto definidor da lei a ser aplicada o momento do fato típico, o processo também deve fazê-lo. Neste ponto, pontua-se a escolha de alguns doutrinadores no sentido de adoção do mesmo marco temporal do direito penal, ou seja, o parâmetro para eleição da lei processual a ser aplicada seria a vigente ao momento da infração delitiva¹⁶⁶.

Ao eleger como marco temporal o momento do ato delitivo, o direito penal visa garantir segurança jurídica ao cidadão, posto que tal escolha tem por objetivo permitir que este saiba quais as condutas punidas e suas respectivas sanções, de modo a não ser surpreendido posteriormente, podendo optar por adequar seu comportamento ao sistema jurídico. Nesse mesmo sentido, enxergar a necessidade do processo adotar como marco regulador o momento da infração é permitir segurança jurídica quanto às normas processuais que serão utilizadas pelo Estado em sua persecução.

Nessa linha de raciocínio, deve-se perceber que o direito de se ver protegido das arbitrariedades estatais nasce para o sujeito no momento em que ele comete uma conduta punível pelo Estado, posto que é nesse momento que nasce a *persecutio criminis*. Assim, nada mais lógico do que eleger como marco temporal o momento do surgimento da *persecutio criminis*, posto que o processo penal visa exatamente regulamentar esse poder persecutório.

Com isso, a partir das comparações que puderam ser feitas quanto ao direito penal e ao processo penal é preciso compreender que os dois ramos do direito objetivam a proteção do réu, proteção essa que nasce, sob o ponto de vista concreto, no momento do ato criminoso, tanto para o processo, quanto para o direito material.

Posto isso, não há porque se aceitar a diferenciação dos marcos temporais entre direito material e processo penal. Pensa-se que o legislador processual apenas se preocupou com a atualização do processo, não atentando que essa sede por atualização pode custar caro às garantias do acusado que, faticamente, pode ser prejudicado em seus direitos em face de lei processual nova. Nesse condão, deve-se evoluir o entendimento acerca do direito intertemporal processual, aceitando que a lei que regulamente o processo seja a vigente no momento do ato delitivo, não

¹⁶⁶ Nesse sentido, a título de exemplo, pode-se citar Paulo Queiroz e Antônio Vieira, tendo em vista suas ideias explanadas no artigo de titularidade de ambos denominado Retroatividade da Lei processual Penal e Garantismo.

podendo ser admitida incidência imediata aos processos de novel diploma prejudicial.

Entretanto, adotar o mesmo marco temporal do direito penal não possibilitaria falar em retroatividade ou irretroatividade do diploma processual, posto que o processo será regulamentado pela lei vigente à época da infração, mas diploma posterior mais benéfico poderá incidir sobre processo já deflagrado, desde que respeitado os atos já realizados – é dizer, não se cogita da retroatividade do diploma processual mais benéfico.

Em sentido contrário preleciona Paulo Queiroz e Antônio Vieira, defendendo a retroatividade de lei processual posterior mais benéfica ao momento da prática do crime. Com isso, vejamos:

“Contrariamente, sempre que a lei processual dispuser de modo mais favorável ao réu – v.g., passa a admitir a fiança, reduz o prazo de duração de prisão provisória, amplia a participação do advogado, aumenta os prazos de defesa, prevê novos recursos etc. – terá aplicação efetivamente retroativa. E aqui se diz retroativa advertindo-se que, nestes casos, não deverá haver tão-somente a sua aplicação imediata, respeitando-se os atos validamente praticados, mas até mesmo a renovação de determinados atos processuais, a depender da fase em que o processo se achar”¹⁶⁷.

Percebe-se o quão ingrato foi o papel atribuído ao processo: deverá servir como garantia do débil e como instrumento para efetivação das garantias constitucionais e penais materiais que lhe são de direito. E, ao mesmo tempo, deverá ter aplicabilidade real, de modo a não se criar um mecanismo ineficaz. Assim, faz-se imperioso que o processo, simultaneamente, mantenha sua unidade, garanta ao réu seus direitos e possa ser efetivamente aplicado, resultando em absolvição ou acusação do sujeito passivo. Com isso, defende-se que autorizar a retroatividade de lei processual posterior seria inviabilizar sobremaneira o andamento processual, motivo pelo qual não se pretendeu focar no fenômeno da irretroatividade ou retroatividade, mas sim na discussão da imediatividade, como se pretende frisar.

Ante o exposto, aceitar-se-ia, pois, a divisão do processo em prol do réu, afinal, a necessidade de observar sua indivisibilidade é uma garantia para o próprio acusado. Assim, relativizar a indivisibilidade processual em prol do próprio débil é relativizar garantia que lhe é de direito em seu próprio benefício. Objetiva-se, pois, conciliar os

¹⁶⁷ Disponível em: < <http://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo/#sdfootnote17sym> > Acesso em 21.07.2016, às 16.14.

institutos, possibilitando a efetividade, mas sem dar margem à violação de garantias. É dizer, possibilita-se a divisão do processo de forma a incidir norma posterior mais benéfica a processo já iniciado, mas não se admite que este novo diploma repercuta nos atos processuais já realizados, uma vez que, se assim o fosse, o processo não andaria de forma satisfatória – e o que se pretende é conciliar a proteção de garantias com a eficiência processual.

É imperativo pontuar que a violação às garantias não devem ser analisadas aqui sob a ótica abstrata, pois, em sendo assim, a lei seria eivada de inconstitucionalidade, razão pela qual, sequer, produziria seus efeitos. Busca-se discutir, em verdade, a violação de garantias em situação concreta.

Ressalta-se que lei processual pura poderá regulamentar tão somente os procedimentos existentes, levando-se em conta a conceituação já discorrida, atualizando-os e adaptando-os ao caminhar natural da sociedade, não configurando instrumento de violação de garantias em concreto. É dizer, a alteração abarcada por lei nova poderá ser tão-somente procedimental, tornando-se difícil visualizar no caso concreto violação de garantias¹⁶⁸. Esta situação é imune de dúvidas quanto à aplicação imediata da nova lei processual meramente procedimental, fazendo jus à redação do artigo 2º do Código de Processo Penal. Colaciona-se, pois:

O princípio da imediatividade segue tendo plena aplicação nos casos de leis meramente procedimentais, de conteúdo neutro [a ser analisado no caso concreto], na medida em que não geram gravame para a defesa. E, nessa situação, é necessário analisar-se o caso em concreto, não havendo possibilidade de criar-se uma estrutura teórica que dê conta da diversidade e complexidade que a realidade processual pode produzir¹⁶⁹.

Decerto, apesar da confusão conceitual e, sobretudo, elucidativa que tradicionalmente se faz entre processo e procedimento, essas figuras representam situações distintas, como exposto, motivo que se leva a concordar com o explanado acima por Aury Lopes Júnior, admitindo-se o princípio da imediatividade às leis processuais meramente procedimentais. Afinal, se um diploma normativo não é capaz de ocasionar prejuízos concretos ao réu, não há fundamento para se afastar o paradigma trazido pelo artigo 2º do Códex Processual.

Entretanto, no tocante às leis processuais que tratem do processo propriamente dito deve-se discordar, como dito, da aplicação imediata da lei superveniente em

¹⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury Jr., **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259 et seq.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.261.

qualquer hipótese. A lógica consagrada pelo sistema penal é a de garantir ao indivíduo direitos básicos que lhe possibilitem o conhecimento sobre o que é proibido [direito material], assim como as garantias inerentes à sua defesa em eventual processo [direito processual], colocando-o em situação de igualdade perante o Estado.

A aplicação imediata dos efeitos da lei processual penal pura deveria existir apenas quando o novo diploma normativo não retirar do réu, em concreto, garantias que lhe são previstas no ordenamento jurídico, a exemplo de eventual restrição em seu direito de defesa, como poderia acontecer, *verbi gratia*, no caso de supressão de uma via recursal. O magistrado, ao analisar os autos processuais que chegassem para seu julgamento, deveria verificar se eventual lei processual superveniente não retirou do réu suas garantias, devendo ter esse cuidado em cada caso em que existisse edição de nova lei processual, em tese, aplicável ao processo.

Faz-se, aqui, imprescindível tratar, apenas em caráter preliminar, da garantia do duplo grau de jurisdição. A República Federativa do Brasil adota como sustentáculo para o sistema democrático de direito a garantia do *due processo of law*. Esta garantia, por sua vez, se consubstancia no direito que tem o acusado a um processo justo, adequado, isento de impressões pessoais. É nesse sentido que a maioria da doutrina brasileira defende o direito ao duplo grau de jurisdição, afirmando que a garantia, em que pese não esteja expressa na Carta Magna, é decorrência implícita do devido processo legal, devendo ser igualmente respeitada. Entretanto, não é esse o precedente do Supremo Tribunal Federal, conforme decisão oriunda da Ação Penal 470.

A suprema corte, no julgamento da ação popularmente conhecida com “mensalão”, ao analisar o cabimento dos embargos infringentes defendido, por exemplo, pelo Ministro Celso de Mello¹⁷⁰, decidiu, em maioria, que esta via recursal é cabível perante o Supremo Tribunal Federal quando da existência de decisões conflitantes das turmas, objetivando-se a unificação da decisão pelo pleno.

A egrégia corte posicionou-se no sentido de que a lei 8.038 de 1990 não derogou tacitamente o inciso I, artigo 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal

¹⁷⁰Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf> Acesso em 23.06.2015, às 10.35.

Federal, uma vez que este Tribunal possui legitimidade normativa para regular sobre os seus procedimentos¹⁷¹, fazendo-se prevalecer, portanto, a reserva de matéria regimental. Assim sendo, embora a lei superveniente tenha quedado silente sobre o cabimento de embargos infringentes na Suprema Corte, este Tribunal decidiu pelo seu cabimento quando este recurso tiver por escopo a unificação da decisão do seu Plenário¹⁷².

Em sentido contrário, decidiu, em sede da mesma ação penal, que o duplo grau de jurisdição não é obrigatório, bem como, além de não ser obrigatório, não seria sempre viável no próprio Supremo, uma vez que este é o último órgão decisório do judiciário nacional.

Tal conclusão gera como precedente a recusa da egrégia corte à garantia do duplo grau de jurisdição. Aqui apenas busca-se acentuar, para que não se perca de vista, a posição do Supremo em não abranger como garantia resguardada pela Carta Magna vigente o duplo grau de jurisdição, afirmando, por conseguinte, que a supressão de via recursal não geraria eventuais prejuízos, porquanto não viole direito constitucionalmente estabelecido, conforme será analisado avante.

Retornando-se à situação dantes explanada, se a lei processual penal nova não retirar ou diminuir as garantias poderá ser aplicada, fazendo jus ao princípio da imediatividade. Busca-se, desse modo, a existência conjunta da lógica do sistema democrático, posto que todo o ordenamento deve honrar a Carta Magna vigente. É dizer, uma vez sendo preservadas as garantias do réu, não há porque tornar sem efeito o princípio da imediatividade. Objetiva-se, pois, atrelar a redação legal com o intuito democrático do processo penal.

Não restam dúvidas que o Estado Democrático de Direito defende a realização concreta das garantias que são atribuídas aos indivíduos, posto que a própria Constituição Federal de 1988 se preocupou em disciplinar tais aspectos, inteirando-se das garantias penais e processuais. Em outras palavras, um Estado que se pretende verdadeiramente democrático não pode se ocupar apenas da preservação abstrata de garantias, mas sim também com sua observância fática.

¹⁷¹Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf> Acesso em 23.06.2015, às 10.35.

¹⁷²*Ibidem*.

O legislador constitucional, portanto, notou que o processo precisa ser resguardado dos tentáculos do Estado, necessitando de garantias próprias, bem como que as garantias materiais também precisam ser asseguradas e, para isso, carecem ser vislumbradas nas próprias garantias processuais. É dizer, em que pese sejam garantias diferentes, buscam o fim único de preservação do direito mínimo de liberdade do sujeito, e, por assim ser, se confundem e se resguardam simultaneamente.

Com isso, em face da constante relação entre os dois ramos, o direito processual penal não poderá fugir da lógica de preservação do débil consagrada pelo direito penal a todo o momento. Quer-se pontuar que, uma vez que no direito penal vige a retroatividade *in bona partem*, por força de expressa previsão constitucional, buscando a aplicação da *Lex mitior* como forma de preservar as garantias concedidas ao réu, o processo penal também deveria funcionar nesse sentido de preservação constante, já que tanto o processo quanto o direito penal possuem o objetivo único de preservação da liberdade individual. A autonomia dos ramos não pode impedir que o aplicador do direito correlacione-os, tornando-os harmônicos entre si.

Com isto dito, deve-se esclarecer que não se busca a aplicação retroativa da lei processual penal mais benéfica, uma vez que não há autorização expressa para tanto, mas apenas que o intérprete do direito visualize o fundamento dessa permissão no direito penal: preservação das garantias asseguradas ao réu – é necessário ir além da literalidade, de modo a buscar o fundamento primeiro dos institutos. E, por assim conceber, entenda que a aplicação imediata de toda e qualquer lei processual sem se preocupar com uma análise aprofundada do caso concreto termina por ir de encontro com esta preservação almejada pelo direito penal. Violaria, ainda, o status de garantia que possui o próprio processo, uma vez que se assim não o fosse, poderia ser facilmente manipulado pelo Estado.

Frisa-se, pois, que não há como se permitir que a lei processual penal incida de imediato, ainda que prejudicial ao débil em dada situação em concreto, posto que tal disciplina tornaria o processo incongruente com o seu objeto; enquanto o direito penal se preocupa com a lei mais favorável, os intérpretes e aplicadores do direito processual preocupam-se tão-somente com o aspecto formal disposto no artigo 2º

do Código de Processo, qual seja aplicação imediata da lei, independente de seus efeitos prejudiciais.

Ademais, torna-se imperioso acentuar que a discussão surge com a edição e aplicação imediata da lei processual nova em processo já iniciado que suprima da seara de direitos do réu, no mundo dos fatos, seus mecanismos de defesa contra o Estado, ou seja, suas garantias.

Nessa conjectura, afirma Aury Lopes Jr.:

Se prejudicial, porque suprime ou relativiza garantias – v.g., adota critérios menos rígidos para a decretação de prisões cautelares ou amplia os seus respectivos prazos de duração, veda a liberdade provisória mediante fiança, restringe a participação do advogado ou a utilização de algum recurso etc. – limitar-se-á a reger os processos relativos às infrações penais consumadas após a sua entrada em vigor¹⁷³.

O autor supramencionado coaduna seu entendimento com o pensamento referente do que se espera de um Estado democrático, defendendo que os dispositivos legais infraconstitucionais devem ser analisados com base na Constituição Federal atual, adaptando-os no que for o caso. “Então, a lei processual penal mais gravosa não incide naquele processo, mas somente naqueles cujos crimes tenham sido praticados após a vigência da lei” ¹⁷⁴.

Além do quanto exposto, é imperioso ressaltar a intenção do legislador infraconstitucional ao editar os artigos 3º e 6º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal. Em que pese a regra expressa do art. 2º do Códex Processual, o legislador manifestou-se pela preservação do sistema de garantias na sua lei de introdução, razão pela qual se deve enxergar o artigo 2º com base na sua intenção, e não meramente no texto de lei. Não se pretende revogar a regra geral, mas sim aplicá-la com base nos limites da proporcionalidade e razoabilidade, considerando, sobretudo, a intenção que fora posta quando da sua edição.

Declara-se, inclusive, que a unidade do processo sustenta a impossibilidade de reparti-lo com aplicação de leis diferentes [regra geral]. O processo deve seguir pela regência da lei vigente à época do fato delituoso, afastando-se incidência automática de lei nova. Entretanto, faz-se um adendo à necessidade de sopesamento de valores. É dizer, como tudo no direito, alguns institutos jurídicos podem possuir

¹⁷³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.260.

¹⁷⁴ *Ibidem*, loc cit.

configuração distinta a depender dos valores com os quais estejam sejam comparados.

Dito isso, permitir-se-ia exceção à unidade processual quando a lei processual nova fosse benéfica ao débil, afinal, estar-se-ia abrindo mão de uma garantia do acusado para alcançar outra garantia: ser tutelado pela lei que lhe for mais favorável. Se o ordenamento atual optou por um sistema de garantias com o advento da Constituição vigente, deve cumprir com o que fora adotado em todos os seus termos.

No que tange à indivisibilidade do processo, assevera Alberto Binder:

[...] a idéia de que o processo é, por si só, uma unidade – não divisível em atos específicos- dotada de um certo significado de política criminal. O processo é regido pela lei processual como um todo, posto que consiste em um conjunto de atos encadeados que convergem para o julgamento e giram ao seu redor. [...] uma unidade com significado político criminal que não poderá ser alterada pela nova lei processual¹⁷⁵.

Como fora dito acima, caso a lei processual nova não traga, de fato, prejuízos ao réu, não se vê motivos para a não aplicação imediata dos seus efeitos, em que pese se entenda pela indivisibilidade do processo. Neste caso, se estaria, momentaneamente, colocando de lado a unicidade processual em prol da efetivação do texto legal, bem como da necessidade de atualização constante dos mecanismos jurídicos.

Inexistindo prejuízos às garantias processuais, não há porque não ceder lugar ao disposto do artigo 2º do Código de Processo Penal Brasileiro, uma vez que o fundamento para afastá-lo como senso comum é o prejuízo eventualmente causado. No entanto, caso a lei nova seja prejudicial ao débil, entende-se pela sua não aplicação imediata ao processo já iniciado, uma vez que, sopesando os valores envolvidos, a unidade processual e o sistema de garantias se tornam mais relevantes do que a dicção legal.

É nesse contexto o entendimento de Paulo Queiroz, ao afirmar que o processo penal também deve atuar conforme as garantias do direito vigente, uma vez que a própria

¹⁷⁵ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.97.

Constituição Federal outorga-o princípios eminentemente de proteção ao débil como, por exemplo, o devido processo legal¹⁷⁶.

Além do mais, o autor assinala, ainda, que o processo penal possui papel fundamental na concretização prática dos direitos materiais salvaguardados ao réu, razão pela qual o processo deve ser rígido quanto à preservação de suas garantias, na medida em que deve assegurar as garantias inerentes a ele e ao seu objeto, o direito penal material¹⁷⁷.

Nesse ínterim:

Uma vez que ambas cumprem a mesma função político-criminal, de proteção do mais débil [o acusado] em face do mais forte [o Estado], além de que o Direito é uno, não podendo, por isso, ser garantista num momento [penal] e antigarantista noutro [processual]¹⁷⁸.

Não se busca confundir a disciplina intertemporal da lei penal com a da lei processual penal, uma vez que é visível a diferenciação – a lei penal retroage quando mais benéfica e a lei processual penal é aplicada de imediato porquanto se presume que mais inovadora, de modo que o código silencia quanto à possibilidade de retroação¹⁷⁹. É dizer, fala-se em dois institutos diferentes: retroatividade da lei penal e aplicabilidade imediata da lei processual penal. Entretanto, procura-se combinar os dois ramos autônomos do direito no tocante ao sistema de garantias, defendendo-se que ambos devem atuar nesse caminhar. Ou seja, em que pese de regulamentação distinta, tanto o direito penal quanto o processo penal tem por base a política-criminal de preservação do mais fraco.

Todavia, em sentido diverso entende Eugênio Pacelli. Este compreende que a lei processual penal nova deverá ser aplicada imediatamente aos processos em curso, uma vez ser necessária a atualização do processo penal, evitando que estacione no tempo. Ao tratar do fim do recurso de protesto por novo júri, o autor supracitado entende que a supressão de uma via recursal não impede o exercício da ampla defesa, desde que assegurada a possibilidade de recurso em outros moldes. Nesse entender:

Evidentemente que a possibilidade, em abstrato, de outra via recursal em favor do acusado amplia o seu leque defensivo. No entanto, não se pode

¹⁷⁶QUEIROZ, Paul. **Curso de Direito Penal**. Salvador: Juspodivm, 2012, p.141 *et seq.*

¹⁷⁷*Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁷⁸*Ibidem*, p.142.

¹⁷⁹TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, p.28.

afirmar que a eventual supressão de uma modalidade de recurso implique violação ao princípio constitucional da ampla defesa. Fosse assim, a legislação processual estaria condenada ao engessamento e à fossilização, e, pior ainda, vinculada a um padrão de procedimento estabelecido justamente em um mesmo instrumento normativo, isto é, a lei anterior, que não pode ser considerada superior àquela que pretender alterá-la. E, sabe-se, leis revogam leis!¹⁸⁰

Em verdade, não se busca a análise em abstrato da supressão do recurso por protesto de novo júri, uma vez que se fosse inconstitucional, a lei supressora não surtiria seus efeitos. Contudo, não se descarta a possibilidade de que em dada circunstância em concreto, a supressão do citado recurso prejudique o acusado, uma vez que, estando o processo já em tramite [e, sobretudo, tendo o delito sido cometido antes da lei supressora], possuiria expectativa de maior de defesa.

Dito de outro modo, Eugênio Pacelli pontua a tendência à fossilização da lei processual, caso esta não pudesse, conforme seu exemplo, suprimir recursos. Ora, se entende que determinado mecanismo pode ser valorado positivamente em um determinado momento histórico e, posteriormente, não ser mais visto com bons olhos, afinal, a sociedade consiste em uma mudança constante. Assim, não se visa impedir que o processo “evolua” em seus institutos, de modo a retirar do ordenamento alguns dos seus mecanismos, mas sim que essa “evolução” respeite os processos já iniciados com base na lei vigente à época do fato delitivo, e venha a ser aplicada apenas posteriormente a quem não tinha concretamente determinado aparato em sua esfera de defesa.

Além do mais, o argumento único de Eugênio Pacelli, qual seja a necessidade de atualização da lei, não é forte o suficiente para afastar as garantias do débil, de modo que, existiria, por fim, violação ao devido processo legal, caso lei processual nova inobservasse direitos fundamentais do indivíduo em eventual caso em concreto. É evidente que, contrabalanceando os valores discutidos [garantias e inovação da legislação], prevalecer-se-ão as garantias. No entanto, entende o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Penal 470 que o duplo grau de jurisdição não seria garantia constitucional, razão pela qual a supressão de via recursal não ocasionaria lesão às garantias do débil.

A ação penal 470, como já pontuada anteriormente, trouxe à tona os embargos infringentes em sede de ação originária de competência da egrégia corte. Os

¹⁸⁰PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2013, p.25.

ministros, por maioria, votaram pela admissibilidade dos embargos infringentes interpostos na citada ação penal, entendendo, embora posição contrária de Gilmar Mendes, que a Lei 8.038 de 1990 não revogou o disposto no art. 333, inciso I do Regimento interno da Suprema Corte, de modo que ainda são cabíveis os embargos infringentes quando a decisão final não for unânime.

Assim sendo, ainda seriam cabíveis os embargos infringentes nas ações originárias da Suprema Corte quando a decisão não fosse unânime, em que pese a superveniência da lei 8.038 de 1990 que silenciou sobre a matéria. No entanto, quando existente a unanimidade do Pleno os embargos seriam inadmitidos, porquanto o duplo grau de jurisdição não seria obrigatório, e, sobretudo, por não ser viável no âmbito do Supremo Tribunal, decisão que se questiona em momento ulterior.

Não se pretende adentrar ao mérito da revogação, ou não, do artigo 333 do RISTF. Em verdade, procura-se analisar a decisão do Tribunal que, em sede da Ação Penal 470, entendeu que o duplo grau de jurisdição não é obrigatório, assim como não é obrigatório quando a decisão final for prolatada pelo respectivo tribunal, uma vez que, em caráter nacional, não há órgão jurisdicional hierarquicamente superior. Desse modo, não seria possível entrar com os citados embargos contra decisão proferida pelo Pleno em unanimidade, pois o Supremo Tribunal Federal entende pela não obrigatoriedade do referido princípio.

Celso Mello contrapõe-se e expõe que o duplo grau de jurisdição estaria abarcado pela Constituição Federal, uma vez que, *a priori*, derivaria, conjuntamente com demais preceitos, do *due processo of law*, bem como por estar presente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos [Pacto San José da Costa Rica] da qual o Brasil é signatário¹⁸¹.

É sabido que, as normas internacionais relativas a direitos humanos adentram ao Brasil com grande força, razão pela qual o duplo grau de jurisdição deveria ser preservado como tal. Desse modo, em que pese existência de precedente do Pretório Excelso, este não vincula aos demais tribunais ou juízes de primeira

¹⁸¹Disponível em

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf> Acesso em 23.05. 2015, às 10:35.

instância, por isso, conseqüentemente, os aplicadores do direito podem, sim, erigir o duplo grau de jurisdição ao âmbito constitucional.

Sabe-se que os precedentes são preceitos orientadores que podem ser ponderados em análise processual, entretanto, não precisam ser seguidos. Pode-se afirmar, portanto, que o mesmo papel possui a doutrina, ou seja, da mesma forma que os precedentes atuam apenas em caráter orientador, poder-se-á adotar como base de eventual decisão magistral a farta doutrina brasileira que, em sua maioria, admite o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional.

É nesse achar o disposto por Rômulo de Andrade Moreira:

O duplo grau de jurisdição tem caráter de norma materialmente constitucional, mormente porque o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos [Pacto de San José da Costa Rica] que prevê em seu art. 8º, 2, h, que todo acusado de delito tem “direito de recorrer da sentença para o juiz ou tribunal superior”, e tendo-se em vista o estatuído no § 2º, do art. 5º, da CF/88, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹⁸².

Ademais, a discussão acerca do duplo grau de jurisdição será analisada posteriormente em minúcias, fazendo-se aqui presente apenas para minudenciar o pensamento de Eugênio Pacelli que afirma ser a eventual supressão de via recursal mecanismo natural para a atualização normativa do processo por lei que, porventura, adviesse, desde que “garantida a possibilidade de revisão do julgado em outra instância”¹⁸³.

Resta, por fim, legítima a crítica a ser realizada ao entendimento de Pacelli, ao pontuar que a supressão de via recursal seria alteração meramente procedimental, uma vez que é bastante claro ao utilizar o vocábulo “procedimento” para tratar da lei que extinguisse ocasional recurso¹⁸⁴. Entretanto, imprescindível asseverar que, sob a ótica do duplo grau de jurisdição, a matéria recursal liga-se às garantias individuais atribuídas ao indivíduo, sendo possível classificá-la como procedimento apenas no que toca ao *modus operandi* da via recursal, a exemplo da forma pela qual o recurso será juntado aos autos.

¹⁸²MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. Curitiba: Juruá, 2010, p.781 *et seq.*

¹⁸³ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p.25.

¹⁸⁴ *Ibidem, loc cit.*

Outrossim, *ex positis*, infere-se que a nova lei processual penal pura não poderá incidir em processo dantes incoado ou em processo relativo à infração já cometida, mas não iniciado, caso ocasione prejuízos em concreto às garantias relativas ao processo, razão pela qual torna-se imperioso a análise destas, legitimando, por consequência, o afastamento da regra disposta no artigo 2º do Código de Processo Penal Brasileiro; qual seja, o *tempus regit actum* e a aplicabilidade imediata dos efeitos da lei processual.

4.2.1 Violação aos princípios constitucionais pertinentes e sua consequente ineficiência em via concreta

É indubitável que a discussão sobre a aplicação dos efeitos imediatos da lei processual penal passa por uma análise principiológica, na medida em que o advento de uma lei pode, diante de um caso em concreto, suprimir ou relativizar garantias do acusado e, em decorrência disso, violar princípios básicos de ordem constitucional.

Nesse ínterim, faz-se mister contrapor que a aplicação desarrazoada da lei processual penal nova, conforme a casuística, poderá desaguar em prejuízos ao réu, na medida em que possa ocasionar violação a direitos assegurados pelo ordenamento, sobretudo, previstos na Constituição Federal. Tem-se, portanto, possível violação em concreto ao devido processo legal, duplo grau de jurisdição, ampla defesa e ao contraditório, conforme explorados em capítulo anterior.

Não se olvida que a lei em abstrato estará em conformidade com os princípios constitucionais mencionados, já que, se assim não o fosse, seria inconstitucional. Entretanto, determinada lei que, em tese, é constitucional pode, diante de um caso concreto, infringir as garantias preconizadas pela Carta Política de 1988 diante de um Estado Democrático de Direito.

Como fora ponderado, determinada lei processual nova que retire do réu algum mecanismo de defesa, ou dificulte-a, alargando o poder repressivo do Estado, termina por violar o *due process of law* e, por consequência, a máxima da *nulla culpa sine iudicio*; afinal, o processo judicial ao qual se refere este brocardo é relativo a um processo cujas garantias sejam respeitadas. Além do mais, obtempera-

se que a intervenção penal só deve existir quando estritamente necessária para manutenção e preservação dos bens jurídicos penais.

Desse modo, analisando a aplicação da lei processual penal caso a caso, faz-se essencial que o magistrado verifique se, no processo que lhe chegar às mãos, a aplicação imediata de lei processual penal superveniente e mais gravosa não ocasionaria violação concreta aos princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição, devido processo legal, ampla defesa e o contraditório. Afinal, o direito deve regular a vida social em abstrato, mas deve ser aplicado de acordo com as peculiaridades do caso em concreto, pois, se assim não o fosse, todas as lides já teriam respostas certas pré-concebidas pela lei, sendo dispensável eventual discussão.

No que tange ao duplo grau de jurisdição cabe retornar à discussão sobre a posição da Suprema Corte quanto ao seu status constitucional. No julgamento da Ação Penal 470, a ação relativa ao mensalão, fora suscitada a discussão sobre o cabimento dos embargos infringentes, em face da interposição deste perante o citado Tribunal no respectivo processo em curso. Em análise do pleito, o Tribunal Supremo, em sua maioria, votou pela admissibilidade do recurso na referida ação, em que pese posicionamento contrário, entendendo que, apesar da vigência da lei 8038/90 que fora silente quanto aos embargos infringentes cabíveis nos termos do artigo 333, I da RISTF, este recurso continuava sendo possível em casos de ação originária do Supremo, na qual a decisão final houvesse sido divergente.

A par desta discussão, alguns dos ministros, a exemplo de Gilmar Mendes, entenderam que os embargos não mais seriam cabíveis, uma vez que revogados pela supracitada lei, alegando, ainda, que a supressão desta via recursal não ocasionaria prejuízos ao acusado, posto não ser direito constitucional do indivíduo, bem como por ser inviável um duplo grau dentro do próprio Supremo.

Gilmar Mendes posicionou-se no sentido de que o duplo grau de jurisdição não é direito constitucional assegurado ao réu, uma vez que não fora posto no texto constitucional. Assim sendo, não haveria que se falar de supressão de direitos dos

envolvidos na referida ação, de modo que a lei 8.038/90 poderia incidir de imediato, retirando, portanto, a possibilidade de interposição dos embargos infringentes¹⁸⁵.

Além do mais, afirmou que não seria viável exercer o duplo grau no Supremo Tribunal Federal, uma vez que o Pacto San José da Costa Rica pressupõe que exista uma hierarquia entre os tribunais e, em sendo assim, assevera que não há órgão nacional superior à Egrégia Corte¹⁸⁶. Defende, ainda, que a prerrogativa de foro concedida aos réus da referida ação penal justificaria a inexistência de recursos, uma vez ser este o órgão máximo dentro da jurisdição estatal soberana¹⁸⁷.

O citado ministro reduz a importância dos embargos, afirmando:

Dessa forma, a admissão dos embargos infringentes significaria reiniciar, sem legítima motivação e amparo normativo, todas as complexas questões debatidas por exaustivos seis meses por esta Corte, sob amplo escrutínio das partes, do Ministério Público, da imprensa e de toda a sociedade¹⁸⁸.

Decerto, em que pese exista posição contrária dentro do próprio Tribunal, não se pode negar a existência de precedentes quanto o caráter infraconstitucional do duplo grau de jurisdição. Dessa forma, *a priori*, deve-se combater o posicionamento de não ser o duplo grau de jurisdição princípio de ordem constitucional, assim como pontuar a existência de, tão-somente, precedentes, e não entendimento sumulado, por exemplo.

Frisa-se tratar de precedentes e não entendimento sumulado. Nessa toada, em que pese Lênio Streck, em uma das suas obras, analise os precedentes sob o ponto de vista histórico, relacionando-o diretamente com o *common law* e, portanto, conferindo-lhe efeitos mais incisivos, preleciona que sua aplicação não é lógico-subsumtiva, de modo que o precedente não fora pensado para aplicação futura.

Ex positis:

Os precedentes são produtos da evolução histórica do *commow law*, surgiram com o intuito de garantir maior poder ao Judiciário frente ao rei na interpretação das leis, desse modo, o precedente não apenas garante segurança jurídica, até porque ele é ponto de partida para as discussões dos novos casos, ou seja, ele os problematiza e não carrega o mito de que seria possível diversos outros casos de maneira lógico-subsumtiva, como

¹⁸⁵ Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 23 de maio 2015, às 12:55.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

pretende a súmula vinculante, até mesmo porque, ao contrário dela, o precedente não se estrutura para ter aplicação para o futuro¹⁸⁹.

Os precedentes servem para a orientação dos demais tribunais ou dos juízes singulares, mas não possui força vinculante, de modo que pode ser afastado por estes em face de entendimento diferente. Assim, em que pese existam precedentes do STF negando o status constitucional do duplo grau de jurisdição, este não é o entendimento majoritário na doutrina brasileira. Poderão, portanto, os demais tribunais afastarem o precedente e adotarem entendimento diverso.

Dar-se-á destaque, também, ao voto proferido pelo Ministro Lewandowski em sede do Habeas Corpus 88420 de 2007, em que o ministro manifestou entendimento de que a via recursal é direito fundamental do indivíduo e, em que pese não abrangido expressamente pelo texto constitucional, fora posteriormente referendado pelo Pacto San José da Costa Rica, ao qual o Brasil é signatário, devendo, portanto, lastrear seus efeitos sobre as normas ordinárias anteriores. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PROCESSAMENTO. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. DECRETO DE CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO PREJUDICADO. PRISÃO PREVENTIVA SUBSISTENTE ENQUANTO PERDURAREM OS MOTIVOS QUE A MOTIVARAM. ORDEM CONCEDIDA I - Independe do recolhimento à prisão o regular processamento de recurso de apelação do condenado. II - O decreto de prisão preventiva, porém, pode subsistir enquanto perdurarem os motivos que justificaram a sua decretação. III - A garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art. 594 do CPP. IV - O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. V - Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação Código de Processo Penal. VI - A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior. VII - Ordem concedida.(STF - HC: 88420 PR , Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/04/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00037 EMENT VOL-02279-03 PP-00429 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 466-474)¹⁹⁰

Infere-se do julgado que o Ministro em questão expressou-se no sentido de aceitar que do devido processo legal decorre o duplo grau de jurisdição. Seria possível,

¹⁸⁹ ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O QUE É ISTO – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.46.

¹⁹⁰ Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757552/habeas-corpus-hc-88420-pr>>. Acesso em 15. 05. 2015, às 14:37.

portanto, falar no princípio do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional implícito, conferindo-lhe o devido nível constitucional.

Colhe-se, pois, o dizer de Marina França Santos:

A análise empreendida se depara, finalmente, com um ponto culminante de verificação, que corresponde ao fato de que as noções de garantia constitucional e de duplo grau de jurisdição se aproximam e se reforçam, mutuamente, na própria conformação do Estado contemporâneo¹⁹¹.

O duplo grau de jurisdição funciona como garantia de um novo julgamento do caso em concreto, possibilitando, por conseguinte, que a decisão não se concentre nas mãos de um único julgador, seja juiz ou tribunal, ocasionando, pois, um desfecho processual mais justo e devido. Concentrar a sentença na mão de uma única instância é permitir que o Estado atue de modo arbitrário, posto que a decisão do Estado-juiz seria insuscetível de indagações¹⁹².

Neste interregno, pondera-se que “sem possibilidade de impugnação e de reforma, a correção da atuação jurisdicional e a observância do ordenamento jurídico estariam ao arbítrio exclusivo dos próprios detentores do poder de julgar, em abertura manifesta aos riscos do autoritarismo”¹⁹³. Além do mais, Rômulo de Andrade Moreira assevera, acertadamente, que o duplo grau de jurisdição está presente na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, razão pela qual se faz imperiosa a atribuição de status constitucional.

Abre-se um parêntese para que se possa asseverar a importância de não se esquecer que as normas internacionais de direitos humanos possuem força de *jus cogens*, devendo o Estado soberano, sob o ponto de vista interno, ampliar seu ponto de vista sobre a aplicabilidade das normas: não sendo o tratado contrário à Carta Magna vigente no Estado e, pelo contrário, tratando sobre direitos humanos – que devem ser mundialmente protegidos - , não há porque se restringir ao reconhecimento apenas dos direitos fundamentais consagrados na legislação interna.

É ululante que, no atual cenário global, torna-se cada vez mais imperioso que se reconheça a ampliação dos direitos humanos e sua proteção, não apenas por estar

¹⁹¹SANTOS, Marina França. **A Garantia do Duplo Grau de Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012, p.109.

¹⁹²*Ibidem*, p. 109 *et seq.*

¹⁹³*Ibidem*, p. 110.

previsto internamente, mas sim por ser essencial à preservação de um Estado que pretenda se intitular de Democrático.

Além disso, cumpre ressaltar que é consequência inerente da garantia constitucional [expressa] do devido processo legal, pois para o processo ser devido é preciso assegurar todos os meios recursais inerentes ao ordenamento jurídico, configurando-se, conseqüentemente, princípio constitucional implícito¹⁹⁴. Assim sendo, conclui-se pelo status constitucional do duplo grau de jurisdição, sendo viável afastar o precedente outrora transcrito e guiar-se pelos termos doutrinários em sua maioria. Desse modo, pode-se afirmar que a lei processual penal nova, ao incidir em um caso em concreto, deverá observar as garantias estabelecidas em âmbito constitucional, tais como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição¹⁹⁵.

Com espeque na Carta Política e, compreendendo ser o duplo grau de jurisdição princípio de ordem constitucional, as garantias acima expostas devem ser preservadas na construção do processo, posto que a supremacia e hegemonia atribuída à Lei Maior “submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico”¹⁹⁶.

Nota-se, pois, que os precedentes da Suprema Corte quanto ao caráter infraconstitucional do duplo grau de jurisdição são preenchidos pelo fraco argumento de que a Carta Política vigente não o abarcou. Entretanto, contrapõe-se tal entender com a existência do princípio no Pacto San José da Costa Rica que, por tratar de direitos humanos, deveria simplesmente ingressar no Brasil com total eficácia – afinal, a forma é elemento de proteção, e não de restrição de direitos.

De mais a mais, caso não seja aceito tal argumento, tem-se o duplo grau de jurisdição como implícito do devido processo legal, na medida em que o processo só será devido quando for permitido ao réu todos os meios preestabelecidos para exercício da sua defesa, enquadrando-se, aqui, a possibilidade recursal.

¹⁹⁴MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. Curitiba: Juruá, 2010, p.781 *et seq.*

¹⁹⁵ Nesse quesito, frisa-se que a violação a esta garantia constitucional será analisada nos termos da supressão do recurso por protesto de novo júri, razão pela qual faz-se imprescindível estabelecer sua importância em âmbito constitucional.

¹⁹⁶MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 79.

No entanto, no tocante à impossibilidade do duplo grau de jurisdição em sede de decisão unânime do Tribunal Supremo, há de se entender pela lógica do argumento de ser a última instância do judiciário nacional, no entanto, este fato não pode legitimar o argumento de não ser o duplo grau garantia constitucional. A partir do momento em que a Constituição Federal afirma ser a Suprema Corte o último órgão do judiciário brasileiro, a própria Magna Carta abre possibilidade de exceção ao duplo grau. Todavia, é uma exceção a uma garantia constitucional legitimada pelo próprio texto concedente da garantia.

Certamente, as garantias asseguradas aos indivíduos têm como base e como limite a Constituição Federal de 1988, bem como tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil que, entende-se aqui como possuidor da mesma obrigatoriedade que possui a Constituição em seu sentido formal, razão pela qual não podem ir além do disposto nela, o que diferencia o garantismo do abolicionismo penal. Assim, não se busca a liberdade pura e simples do acusado, a qualquer custo, mas que a liberdade seja perseguida conforme todos os mecanismos que o Estado Democrático de Direito conceda ao réu. Em sendo assim, se a Magna Carta estabelece que o Supremo é o órgão máximo, não haveria tribunal interno hierarquicamente superior para o qual se encaminharia eventual via recursal, encontrando-se, pois, limites para o exercício do direito ao duplo grau.

Destarte, insta destacar que a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal integram o rol de direitos fundamentais positivados pela Constituição Federal de 1988, conforme se encontram no título relativo “dos direitos e garantias fundamentais”. Nesta conjectura, além de princípios de relevância extrema, uma vez que garantidores do Estado Democrático de Direito, se consubstanciam em garantidores da limitação Estatal; “neste contexto, eles estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder”¹⁹⁷.

Nota-se, pois, a relevância jurídica atribuída a tais princípios, exigindo-se que o legislador os pondere no momento da edição de lei. É dizer, determina-se a apreciação das garantias quando da criação de um diploma legal em abstrato, de modo que “se determinada lei dificultar ou impedir, de modo desproporcional, a

¹⁹⁷ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008, p.18.

efetivação de um direito fundamental, essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade”¹⁹⁸.

De certo, é indubitável que o desrespeito em abstrato a preceitos constitucionais acarreta a inconstitucionalidade do diploma legal processual, não cabendo discussão quanto a esta consequência. A controvérsia deve ser suscitada quando uma lei processual editada em conformidade com os trâmites legais e constitucionais causa prejuízos ao indivíduo mediante a análise de um caso em concreto. Afinal, não se pode legitimar um sistema que concede direitos e garantias com uma mão [em abstrato] e retira com a outra quando da análise de situações concretas.

Deve-se exigir de determinado diploma que este respeite as garantias apenas quando da sua edição, ou dever-se-á verificar se, concretamente, as garantias foram respeitadas? Infere-se, porquanto indiscutível a lei em abstrato, que a investigação é casuística, cabendo interpretação da situação em concreto, desaguando, pois, na interpretação que deve ser conferida à aplicabilidade imediata da lei processual.

Preleciona George Marmelstein:

[...] reconhecer que os direitos fundamentais possuem uma importância axiológica capaz de fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico implica reconhecer que esses direitos representam um “sistema de valores” com força suficiente para afetar a interpretação de qualquer norma jurídica [dimensão objetiva e princípio da interpretação conforme os direitos fundamentais]¹⁹⁹.

Vê-se a necessidade de interpretação da norma jurídica conforme os ditames constitucionais. De certo, o legislador infraconstitucional, ao preconizar a aplicabilidade imediata da lei processual penal, não vislumbrou os prejuízos concretos que isto poderia trazer. É dizer, não imaginou que, no fato mundo da vida, lei processual penal nova posterior poderia retirar do réu garantias quando incidisse em processos cujo “fato gerador” [crime] fosse anterior à edição da nova lei, de modo a retirar abruptamente da seara de direitos do réu mecanismo que lhe era inerente quando do cometimento do delito – e, por conseguinte, quando do surgimento do *ius puniendi* estatal.

¹⁹⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008, p 17.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 21.

Assim sendo, há a necessidade de interpretar a imediatividade conforme as garantias constitucionais, ponderando, caso a caso, se essa produção imediata de efeitos não traz prejuízos reais para o réu no desenrolar do seu processo. É dizer, precisa-se analisar a possível violação aos princípios-garantias constitucionais em uma situação fática concreta.

A *priori*, com o escopo de abarcar a discussão supra, é necessário aprofundar sobre a importância das garantias constitucionais outrora citadas para que se entenda a necessidade de uma análise casuística do diploma processual penal, fazendo mister conceituar o devido processo legal.

A Carta Magna abarca, em seu artigo 5º, LIV, a garantia ao devido processo legal. Estabelece o citado diploma que ninguém será privado da liberdade ou dos bens pessoais sem que antes se submeta a um devido processo legal. Certamente, ao assegurar ao indivíduo que o processo tramitará de forma devida, o legislador constitucional terminou por incluir neste princípio maior as outras garantias referentes ao sistema de garantias processuais. É nesse sentido o posicionamento de Nucci ao afirmar que “o princípio do devido processo legal é, sem dúvidas, o aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais [art. 5º, LIV, CF]. Constitui o horizonte a ser perseguido pelo Estado democrático de direito [...]”²⁰⁰.

Segundo Rogério Laura Tucci:

E consubstancia-se, sobretudo, como igualmente assentado, numa garantia conferida pela Lei das Leis, Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, mediante a efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus componentes e corolários²⁰¹.

Ademais, tendo por fulcro o Estado Democrático Brasileiro, Salomão Viana conceitua o devido processo legal como a busca pelo processo justo. A Magna Carta estabeleceu em seu preâmbulo e no artigo 3º a busca constante pela justiça, e, por assim ser, um processo para ser devido deve, além de transcorrer nos ditames da lei, abranger a busca pela justiça. O processo justo, por sua vez, seria aquele que consagra também os imperativos constitucionais gerais, conservando, em todos os processos existentes, as garantias elencadas pela Constituição Federal. Assim

²⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.96.

²⁰¹TUCCI, Rogério Laura. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.205.

sendo, o conceito do devido processo legal abarca todo o ideal de garantias do sistema constitucional-processual.

Não resta dúvida, pois, que o sistema constitucional é altamente garantista, o que legitima, por fim, a aplicação da ideologia garantista ao processo penal e a necessidade de investigar os efeitos da lei processual penal nova nos casos concretamente ocorridos, de forma a impossibilitar que, se fora prejudicial ao réu, incida nos processos anteriores. Além disso, o aplicador do direito deve ter em mente que o processo é uma garantia em si, que deve ser respeitada em todos os seus termos para assegurar que a persecução Estatal seja minimamente democrática.

De mais a mais, deve-se ponderar a unicidade do processo, não sendo permitido que exista cisão [prejudicial] do mesmo, tendo em vista aplicação de mais de uma lei, fracionando-o. Pontua-se que a unicidade processual apenas poderia ser afastada caso a lei advinda não trouxesse prejuízos ao acusado, razão pela qual se afastaria seu caráter uno – não ocasionando prejuízos, entende-se que a aplicação imediata sobrepoë-se à unicidade processual.

Percebe-se, então, que se elege como valor maior da regulamentação intertemporal da lei processual penal o sistema de garantias consagrado no Direito Penal-processual, cujo amparo é, sobretudo, constitucional. Torna-se límpido que o devido processo legal, ou justo, consubstancia-se em uma das garantias maiores do ordenamento, cumprindo agora tratar dos seus corolários básicos, a ampla defesa, contraditório e o duplo grau de jurisdição.

Em relação à ampla defesa, a Constituição Federal lhe confere amparo em seu artigo 5º, LV. Logo, é um princípio-garantia expresso, não restando dúvidas sobre a sua importância para a efetivação do Estado Democrático. Guilherme de Souza Nucci salienta que “[...] representa a mais copiosa, extensa e rica chance de preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano”²⁰². Afirma, ainda, que a ampla defesa merece integral contemplação estatal²⁰³.

Impende salientar que a ampla defesa é constituída pelo seu viés técnico e pela ótica da autodefesa do acusado. É dizer, cabe ao defensor deste defendê-lo do

²⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 264.

²⁰³*Ibidem, loc. cit.*

ponto de vista técnico, legalista do direito, tendo em vista possuir o conhecimento científico sobre a questão. De outro lado, ao réu é conferida a possibilidade de se defender amplamente ao longo do processo, quando precisar se manifestar, a exemplo do que ocorre no interrogatório. É esse o conceito de Rômulo de Andrade Moreira:

A ampla defesa compõe-se da defesa técnica e da autodefesa. O defensor exerce a defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo [quando, por exemplo, é interrogado] a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas juntas compõe a ampla defesa²⁰⁴.

Em relação à fase de interrogatório, antes do advento da lei 10.792/2003, não era imprescindível a presença do defensor, de modo que, embora existissem discussões doutrinárias, nenhum processo houvera sido anulado pela sua ausência. Entretanto, com o advento da lei supracitada, quedou-se indubitável que o defensor [público ou privado] deveria acompanhar o débil, fazendo-se cumprir a ampla defesa em todos os seus sentidos.

Nesse ínterim, é perceptível a intenção do legislador em resguardar, a todo o momento, a defesa ampla do acusado, uma vez que, além de garantia individual do sujeito, resguarda-o contra o arbítrio do Estado-juiz. Demonstrando tal preservação, colaciona-se o julgado do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO CRIMINAL. Defesa. Cerceamento caracterizado. Ré interrogada sem a presença de defensor, no dia de início de vigência da Lei nº 10.792, de 2003, que deu nova redação ao art. 185 do Código de Processo Penal. Sentença que, para a condenação, se valeu do teor desse interrogatório. Prejuízo manifesto. Nulidade absoluta reconhecida. Provimento ao recurso, com extensão da ordem a co-réu na mesma situação processual. É causa de nulidade processual absoluta ter sido o réu qualificado e interrogado sem a presença de defensor, sobretudo quando sobrevém sentença que, para o condenar, se vale do teor desse interrogatório. (STF - RHC: 87172 GO , Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 15/12/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00032 EMENT VOL-02219-5 PP-01035 RT v. 95, n. 847, 2006, p. 504-507)²⁰⁵.

É perceptível que o Estado resguarda o direito à ampla defesa quando da elaboração de lei em abstrato, bem como, no caso do julgado, preservou-se a garantia maior, tendo em vista que a lei 10.792 de 2003 começou a vigor antes do

²⁰⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 129.

²⁰⁵Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762036/recurso-em-habeas-corpus-rhc-87172-go>>. Acesso em: 15.05. 2015, às 16:51.

interrogatório da parte ré. Deve-se, pois, utilizar de tal intuito garantista ao se analisar a aplicação imediata de lei processual que, concretamente, suprima ou relativize direito de defesa amplo do acusado, a exemplo de eventual lei que, ao suprimir um tipo recursal, causasse a impossibilidade perante um processo já iniciado do indivíduo se defender, dificultando-lhe a procura, como lhe é concedido, da justiça no procedimento jurisdicional. Afinal, nos termos do art. 5º, LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Explica-se: se trata da eventual situação de uma nova lei processual penal retirar do réu alguma via recursal que lhe seria bastante útil e aproveitável na ótica do seu caso em concreto, em que pese não retire do mesmo o direito ao recurso, posto que se assim o fosse, violaria a ampla defesa em abstrato. Estar-se-ia retirando do réu um recurso inerente à sua defesa, em que pese existam outros que, contudo, não supririam, no caso hipotético, as benéficas abarcadas pela espécie suprimida.

Nessa toada, evidencia-se:

Assim o contraditório, a ampla defesa e a isonomia permitem a participação do detentor do poder, o povo, na construção das decisões jurisdicionais. É que o Estado Democrático de Direito reclama tal participação a fim de conferir legitimidade às decisões.

Referidos princípios institutivos do processo não podem ser restringidos de nenhum modo. Nem mesmo podem ser limitados por juízos de ponderação, sob pena de se desprezar o modelo de processo traçado pela Constituição. A restrição destes princípios implicaria em permitir decisões não legitimadas²⁰⁶.

Depreende-se do excerto acima que a garantia da ampla defesa, bem como do contraditório, não podem ser restringidas em nenhuma hipótese, pois tal cerceamento ocasionaria violação ao ideal do processo tratado pela Constituição Federal. Da locução “nenhuma hipótese” pode-se extrair que a supressão das garantias devem ser analisadas também em cada caso concreto, posto que, de nada adiantaria proteger o indivíduo quando da edição de lei processual nova, e não manter essa segurança no momento em que é verdadeiramente necessário; ou seja,

²⁰⁶ MARQUES, Marcos Ribeiro. Análise da teoria da instrumentalidade do processo em face do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual RBDPRo**. Belo Horizonte: Forum, ano 19, n.76, out./dez. 2011, p.150.

quando da existência de um processo em curso – mais uma razão pela qual não se pode aplicar o princípio da imediatividade em sua literalidade.

Diante de tais considerações, passa-se mister enfrentar a garantia do contraditório, que possui arcabouço constitucional expresso no artigo 5º, LV da Magna Carta. Nas palavras de Rômulo de Andrade Moreira, “não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais”²⁰⁷.

O contraditório, portanto, abarca a isonomia, exigindo-se a paridade de armas das partes processuais, de modo a garantir que a defesa não será realizada em posição de vantagem por nenhum dos sujeitos. É dizer, mantém o réu em posição de igualdade com o autor e com o Estado-juiz, uma vez que, inexistente as garantias, não há dúvidas que o poder sobre o processo estaria na mão do acusador que, por vezes, é autoridade representativa do Estado, bem como na mão do magistrado²⁰⁸.

Os sujeitos processuais deverão litigar em igualdade de condições, razão pela qual Renato Brasileiro de Lima entende:

De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e a defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas [...] ²⁰⁹.

Não há como negar que o Estado – órgão, em regra, acusador – é o sujeito processual mais forte da relação, de modo que à defesa devem ser asseguradas garantias processuais para, então, se igualar ao pólo mais vigoroso. De modo que, conforme expresso acima, deverá ser concedido ao acusado meios reais e efetivos de contraditar o que lhe fora imputado. Verificar-se-á se determinado meio é efetivo e suficiente para a defesa quando existente um caso concreto levado à jurisdição.

Assim sendo, assevera-se que a lei processual penal superveniente não poderá atingir processo quando for lhe retirar meios de defesa efetivos para exercício do contraditório, ainda que outros meios existam, porém de menor eficácia, se a lei

²⁰⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal*. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 136.

²⁰⁸*Ibidem*, p. 136 *et. seq.*

²⁰⁹LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p.20.

vigente ao momento da conduta criminosa lhe proporcionava aspecto mais amplo de proteção. Permitir essa situação romperia com a legítima expectativa do acusado em se valer de um meio de defesa mais eficiente.

Noutro giro, a lei processual penal que advier deverá incidir nos processos cuja infração delitiva seja posterior à referida lei processual, de modo a não existir quebra de expectativa [e, maiormente, de confiança] do sujeito processual quanto aos seus direitos [no Estado]. Não há, nesta hipótese, violação aos ideais garantistas, posto que parte da razoabilidade a necessidade de um ponto de partida para condicionar a eficácia da lei. Dessa forma, durante todo o desenrolar processual, as garantias já concedidas ao réu devem ser mantidas e preservadas, vez que é o único meio pelo qual a igualdade é atingida.

Além de que, a imperiosa observância do contraditório atribuiu ao processo penal nova significação não o restringindo à ideia de instrumentalidade, mas sim, um instrumento democrático, cujo objetivo é alcançar a paz social, através de um meio justo, resguardando as garantias do Estado Democrático de Direito²¹⁰. Afinal, “não há dúvida de que a presença destas garantias constitucionais na formação do conceito de processo estão a indicar que a Constituição traçou um modelo de processo a ser observado e implementado”²¹¹.

O status de garantia concedido ao próprio processo, porquanto ideal a ser alcançado, exige que a lei processual as observe concretamente; é dizer, caso a aplicabilidade imediata dos efeitos dessa *novatio legis* suprima mecanismo concreto de defesa, atingindo, por conseguinte, o contraditório e o devido processo legal, a eficácia imediata da norma deverá ser afastada.

É imperativo, ainda, a conceituação do duplo grau de jurisdição, cuja discussão se princípio constitucional ou não fora anteriormente realizada, abalizando-se na corrente doutrinária que entende pelo seu teor constitucional, afastando precedente da Suprema Corte.

No que tange ao duplo grau de jurisdição, é sabido que o ser humano é regido pelo sentimento constante de inconformismo e, como o direito penal é criado para

²¹⁰ MARQUES, Marcos Ribeiro. Análise da teoria da instrumentalidade do processo em face do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual RBDPRO**. Belo Horizonte: Forum, ano 19, n.76, out./dez. 2011, p.153.

²¹¹*Ibidem, loc. cit.*

regulamentar a sociedade tendo por base as necessidades sociais e individuais, é assegurado constitucionalmente [e implicitamente] o duplo grau de jurisdição. Em outras palavras, poderão as partes irredidas com a decisão prolatada recorrer para apreciação da sua demanda em tribunal superior²¹². Nesse contexto do duplo grau, faz-se imperioso destacar a supressão do recurso de protesto por novo júri que avante será analisado.

Entende-se, pois, que ao aplicar lei processual penal nova é elementar atentar para uma análise sistemática de todo o ordenamento jurídico, analisando qual a vontade do legislador constituinte ao elencar direitos e garantias a outrem, identificando também a intenção do legislador infraconstitucional ao elaborar a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, bem como observar que o objeto do processo penal [direito penal material] resguardou, em todas suas formas, o ideal do sistema de garantias, não podendo o processo [e, sobretudo, não devendo], apesar de autônomo, ir de encontro ao seu conteúdo primordial.

Não poderá o Estado exercer a *persecutio criminis* à mercê de todas as regras que lhe são impostas. Ao contrário, deverá atuar de acordo com os ditames legais, conservando em sede processual— afinal o *jus libertatis* é bem jurídico precioso —, os direitos e garantias constitucionais, materiais e processuais, estabelecidos pela ordem jurídica, perpassando a análise, sobretudo, aos casos em concreto, posto que a preservação de garantias sob a ótica da casuística é essencial para a verdadeira implementação da democracia.

Nessa toada, é imprescindível imprimir razoabilidade à aplicação da imediatividade consagrada no Código de Processo Penal, analisando casuisticamente se a sua incidência pura e simples não retiraria do réu garantias antes asseguradas. Se assim for, sua incidência imediata violaria preceitos constitucionais outrora analisados, bem como a sistemática do direito penal substantivo, além do próprio processo penal, cujo objetivo de ambos é, *a priori*, proteger a liberdade do indivíduo, atribuindo-lhe todos os meios e mecanismos que lhe eram previstos pela lei vigente à época do surgimento do *ius puniendi estatal* — o momento da conduta delitativa. Deve-se ter em mente que é insuficiente a preservação das garantias em abstrato se no fato mundo da vida elas não forem asseguradas.

²¹² MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Bookseller, 1997, p.364 et. seq.

4.2.2. Incompatibilidade com os ideais normativos consagrados pelo direito penal material

Não se olvida que toda a ordem normativa atual deve ser interpretada em conformidade com o texto consagrado na Constituição Federal e, portanto, conforme a lógica do sistema de garantias apregoado pela Magna Carta. Em outros termos, cabe ao direito processual-penal a preservação das garantias do réu, tendo em vista a sua proteção contra o controle arbitrário, e injusto, do Estado-juiz.

Em breve síntese, é de responsabilidade do Direito Penal e do Direito Processual resguardar e perpetuar os termos democráticos abarcados pela citada Carta Política. Assim sendo, toda a maquinaria penal deve ser direcionada à preservação da liberdade individual do sujeito e, para tanto, deverá garanti-la conforme os mecanismos existentes no mundo hodierno.

Neste diapasão, salienta-se:

Além disso, pensar direito penal e processo penal numa perspectiva constitucionalmente integrada é também o que permite concluir que os princípios e garantias inerentes ao direito penal [legalidade, proporcionalidade etc.] possam ser aplicados por igual ao processo penal, unitariamente, não cabendo fazer distinção no particular²¹³.

Se expressa no caminho de preservação aos ditames constitucionais as disposições legais estabelecidas pelo direito penal, uma vez que este tem por fim garantir ao sujeito segurança jurídica, determinando que os delitos só sejam punidos quando previamente definidos em lei, fazendo-se presente o princípio da legalidade, como outrora analisado.

Além do mais, identifica-se tal preservação na medida em que o diploma material atua, a todo o instante, na satisfação das garantias positivas do acusado, razão pela qual, por exemplo, prevê a retroatividade em benefício deste. Objetiva-se concluir que o direito penal tem em vista a preservação do que fora determinado pelo ordenamento como mecanismo indispensável para a manutenção da liberdade individual, o sistema de garantias próprio da democracia.

²¹³ QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antônio. Leituras Complementares de Processo Penal. MOREIRA, Rômulo de Andrade (Coord.). **SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 473.

De outro lado, o diploma processual penal também é editado em conformidade com o ideal democrático-garantista preconizado pela Lei das Leis, resguardando, de igual modo, todos os direitos-garantias que são outorgados ao indivíduo. Se assim não o fosse, estaria, teoricamente, em desconformidade com a Constituição Federal.

No entanto, em que pese o direito penal também se preocupe com a conformidade democrática nos casos em concreto, o processo penal observa tal compatibilidade apenas quando da elaboração em abstrato da lei. É dizer, apesar do direito penal conceder ao réu a prerrogativa de ver em seu favor lei mais benéfica, ou pela retroatividade da lei posterior mais benigna ou pela ultratividade da lei pretérita, quando da existência de um caso em concreto mediante análise do magistrado, o processo apenas confere à nova lei aplicabilidade imediata, inobservando se, *in casu*, fora feito jus aos preceitos constitucionais.

Assim sendo, ambos os ramos do direito possuem o mesmo objetivo, conservando-o igualmente do ponto de vista teórico no momento de edição das novas leis, assim como no que toca à interpretação dos seus respectivos códigos com a Carta Política de 1988. Deve-se frisar, portanto, que essas vertentes do direito convergem no sentido de realização da mesma política criminal estatal.

Todavia, apenas o direito penal tem se preocupado em interpretar a aplicação intertemporal da lei sob o viés do garantismo, posto que o processo penal vem se atendo somente ao seu conteúdo formal, qual seja, a aplicabilidade imediata dos efeitos da nova legislação. Isso posto, necessário se faz pontuar o entendimento de Antônio Vieira e Paulo Queiroz, conforme se segue:

[...] é de todo irrelevante a mui recorrente distinção entre lei penal e processual penal, uma vez que ambas cumprem a mesma função político-criminal, de garantia do mais débil [o acusado] frente ao mais forte [o Estado], além do que o Direito é uno, não podendo, por isso, ser garantista num momento [penal] e antigarantista noutra [processual]. Dito de outro modo, o que importa, numa perspectiva garantista, não é a natureza jurídica da norma – se penal, se processual -, mas o grau de garantismo que encerra²¹⁴.

Impende, pois, colocar em destaque que o direito processual penal e o direito penal, embora autônomos, não são estanques, é dizer, terminam por se relacionar, uma vez que se coadunam ao mesmo objetivo [a implementação da política criminal

²¹⁴ QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antônio. Leituras Complementares de Processo Penal. MOREIRA, Rômulo de Andrade (Coord.). **SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL**. Salvador: Juspodivm, 2008, p.476.

vigente], bem como por ser inegável a relação de instrumentalidade do processo para a aplicação efetiva das normas materiais.

Coloca-se em destaque que o processo não é unicamente instrumento, mas sim também garantia do indivíduo, motivo pelo qual se discorda de Antônio Vieira e Paulo Queiroz no que tange a irrelevância das distinções. É dizer, cada ramo deve possuir sua regra intertemporal própria, posto que são autônomos, mas estas regras devem possuir harmonia entre si, devendo o *tempus regit actum* processual se aproximar do que fora disposto pelo legislador penal, mas não se confundir com este – afinal, o direito penal trata da possibilidade de retroatividade, enquanto que no processo se discute a aplicação imediata. Em verdade, busca-se harmonizar ambos espíritos legislativos.

Outrossim, repisa-se que, conforme o ordenamento hodierno, tanto o processo quanto o direito penal devem caminhar [e estão caminhando] no sentido da proteção do débil, o que fortalece o entendimento de que o processo penal deveria se pautar na lógica de fundo do direito penal no que concerne à aplicação intertemporal da lei, uma vez que, por possuírem o mesmo objetivo, nada mais justo que se preocupem com a aplicação da lei no tempo no mesmo caminhar, ou seja, casuisticamente e de forma protecionista.

4.3. RECURSO DE PROTESTO POR NOVO JÚRI

Não se olvida que a aplicação da legislação processual penal é situação corriqueira, razão pela qual já houvera ocorrido no fato mundo da vida situações controversas acerca da sua aplicação, ensejando discussões doutrinárias sobre o tema.

A regulamentação da lei processual penal no tempo é sempre questionada quando da incidência em um caso concreto, em que pese os tribunais tendam a aplicar a letra fria da máxima do *tempus regit actum processual*. Entretanto, da existência de alguns casos midiáticos surgem diversos questionamentos sobre a intertemporalidade da lei processual, uma vez que o legislador apregoou que a novel legislação produzirá seus efeitos ainda que em desfavor do acusado, sem prejuízo dos atos jurídicos perfeitos, conforme artigo segundo do Código de Processo Penal Brasileiro.

Tendo por base tudo que já fora exposto, cumpre ressaltar a supressão do recurso por protesto de novo júri que à época resultou em inúmeras discussões sobre a aplicação da lei processual. Desse modo, faz-se necessário breve esboço sobre a sua supressão do ordenamento jurídico.

A lei 11.689/2008 suprimiu o recurso por protesto de novo júri que estava previsto no Código de Processo Penal, atingindo casos que estavam em trâmite, é dizer, impossibilitando que as partes de alguns processos já iniciados usufríssem dessa via recursal. Faz-se imperioso citar o caso do casal Nardoni, que à época estava em destaque na mídia.

Em primeiro momento, é pertinente análise sucinta acerca deste recurso cabível apenas em sede de Tribunal do Júri. *A priori*, impende destacar que o Tribunal do Júri é competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, e os conexos, seja em sua modalidade consumada ou tentada, sendo sua existência reconhecida e legitimada pela Carta Política de 1988 em seu artigo 5º, XXXVIII:

Art. 5º 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:

XXXVIII – é assegurada a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Nota-se que o artigo constitucional transcrito assegura a plenitude da defesa em sede de Tribunal do Júri, em que pese não fosse necessário, uma vez que a ampla defesa, o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição [a par de entendimentos diversos] são princípios constitucionais, de maneira a assegurar solidamente a necessidade da defesa em todos os seus termos.

Ademais, o recurso por protesto de novo júri era a via recursal de exclusividade da defesa admitido quando o réu fosse condenado, por um único crime, a pena superior a 20 anos, tendo por escopo diminuir a sanção prolatada pelos jurados. Entretanto, fora suprimido pela lei 11.689/08 que revogou os artigos 607 e 608 do diploma processual.

À época de sua revogação, vários indivíduos que, em tese teriam direito a esta via recursal, se viram impossibilitados de recorrer por novo julgamento dos jurados, com

vistas à diminuição da pena proferida em sentença. Tem-se aqui, em caráter exemplificativo, o processo relativo ao casal Nardoni que cometeram crime de homicídio contra a filha Isabela Nardoni.

Discute-se, pois, se a supressão do recurso por protesto deveria atingir os casos que já estavam em tramite no judiciário ou se apenas deveria incidir para os novos, já que suprimia uma via recursal de extrema importância para a defesa que já tinha em seu campo de atuação a possibilidade de um recurso a mais. Deve-se partir, mais uma vez, para a casuística. Nestes termos, questiona Rômulo de Andrade Moreira:

Pergunta-se: quem for submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri por crime praticado [data da ação ou omissão: CP, art. 4º] antes da entrada em vigor da nova lei terá direito ao protesto por novo júri, ainda que a condenação seja-lhe posterior e quando não mais se preveja o recurso? Neste caso, haveria impossibilidade jurídica a inviabilizar o manejo do recurso ou teríamos que admiti-lo excepcionalmente?²¹⁵

Antônio Baptista Gonçalves mostra-se contrário ao recurso por protesto de novo júri, sendo límpido ao mencionar que “como o protesto por novo júri pode levantar o véu sagrado da legitimação soberana? Qual o escopo? Garantir a impunidade do réu? Desautorizar a própria figura do júri ou do Processo Penal Brasileiro?”²¹⁶.

Todavia, apesar da sua posição pessoal acerca do recurso, o autor assevera que a lei em comento só deveria incidir aos crimes cometidos em sua vigência, não devendo [sobretudo, não podendo] ser aplicada de imediato a processos já iniciados cujo réu tivesse, em abstrato, direito pretérito àquele recurso – posto que o tempo do crime, parâmetro a ser utilizado, seria anterior à nova lei prejudicial. Assim sendo, tem-se:

Eis uma controvérsia na doutrina, a aferição da aplicação da norma.

O nosso entendimento é de que o elemento a ser considerado é a data do fato; então, mesmo que o Tribunal do Júri decida pela condenação dois anos após a vigência da nova lei do júri, ainda deverá ser respeitada a vigência recursal anterior²¹⁷.

Infere-se que, apesar de contrário ao recurso, Antônio Gonçalves não deixa de analisar a aplicação da lei 11689/08 à luz do princípio da imediatividade do processo

²¹⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. Curitiba: Juruá, 2010, 781 *et seq.*

²¹⁶ GONÇALVES, Antônio Baptista. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: IOB Thomson, n.58, nov./out. 2007, p.87.

²¹⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

penal combinado com o sistema de garantias que rege a ciência criminal. Em outras palavras, ponderou que a lei processual penal não deve ser aplicada de imediato caso decorra desta aplicação [leia-se, concretamente] supressão de garantias do débil, resguardando, portanto, a ampla defesa.

Atribuindo-se à data do fato o referencial para regulamentar a incidência da lei revogadora, Antônio Gonçalves assumiu como posição o caráter material do referido diploma legislativo, ponderando, por conseguinte, o efeito ultrativo da norma. Elencou-a, desse modo, como uma lei processual penal híbrida. Contudo, posiciona-se no entender que a lei revogadora do protesto por novo júri é eminentemente processual, uma vez que viola o devido processo legal e, por consequência, o duplo grau de jurisdição – garantias claramente processuais, como já demonstradas.

A lei processual pura que revogou o protesto por novo júri não poderia incidir nos processos cujo fato delitivo a ser elucidado tenha sido cometido antes da vigência da lei supressora, pois, como dito, entende-se que o direito processual também deve adotar como marco temporal o tempo do fato criminoso. Assim sendo, a lei supressora mostra-se posterior ao caso dos Nardoni e violadora de garantias-direitos fundamentais que já estavam na órbita de alcance dos réus quando do surgimento da *persecutio criminis*.

Desse modo, a lei nova apenas deveria incidir sobre os processos cujo objeto seja fato delitivo posterior à vigência da lei ou, embora relativo a fatos anteriores, aos processos cujo prejuízo não seja concretamente evidenciado, a exemplo do débil que fora condenado à pena inferior a vinte anos.

É nesse sentido que se questiona e põe-se à tona o evento dos Nardoni, que se viram prejudicados, posto que a condenação fora superior a 20 anos e não tiveram o direito de se beneficiar deste recurso, impossibilitando o exercício de sua defesa plena, conforme os termos do inciso XXXVIII, art. 5º da Carta Magna vigente.

É indubitável que o recurso é essencial para o processo ser de todo devido, na medida em que proporciona ao sujeito processual a oportunidade de mostrar discordância da decisão prolatada, concedendo-lhe a possibilidade de ir atrás da solução que entenda ser melhor para si. Não se quer dizer que o Estado deva atribuir ao réu a resposta que lhe é desejada, pois se não inexistente seria a justiça, mas sim que tenha a oportunidade alcançar o que pretende, sendo indispensável a

subsunção aos requisitos de admissibilidade, como forma de limitar a utilização desarrazoada de recursos.

Além do mais, o duplo grau de jurisdição garante que a decisão proferida pelo magistrado deve sofrer reexame como forma de se procurar a sentença mais próxima da justiça. Afinal, quando a nova decisão se mantém a mesma que a vergastada, afasta-se de maneira mais segura a dúvida quanto à certeza da sentença. Entretanto, cabe pontuar que não é esse o entendimento de alguns doutrinadores, a exemplo de Guilherme Souza Nucci que defende, inclusive, a inconveniência desta via recursal:

Embora existam alguns entusiastas da sua existência e manutenção, cremos ser inviável que permaneça no contexto dos recursos no processo penal brasileiro. Inexiste pena de capital ou de caráter perpétuo, ou mesmo cruel, no Brasil, razão pela qual uma segunda chance, somente para o contexto da condenação produzida no Tribunal do Júri, onde as penas aplicadas não são mais elevadas do Código Penal é exagerada²¹⁸.

O autor supra, por conseguinte, põem-se a favor da supressão da via recursal, bem como da sua aplicação imediata aos processos já existentes, uma vez que o direito processual penal é regido pela imediatividade. No entanto, cabe destacar, a todo o instante, que o sistema processual penal de um País é determinado pela característica política deste, de modo que existe a necessidade de obtemperar os efeitos que o sistema de garantias deve produzir no Direito Processual, inclusive, flexibilizando o *tempus regit actum* processual²¹⁹.

Nessa toada, se em priscas eras a sociedade era formada sob o viés inquisitorial – dá mesma forma que o Códex de Processo Penal também o fora editado -, hoje em dia é formada sob a perspectiva do garantismo, de proteção do denunciado, porquanto seja este a parte mais frágil da relação processual²²⁰. Mais do que isso: é formada sob a perspectiva de proteção dos direitos fundamentais. É nesse íterim que Rômulo de Andrade Moreira prelecionada que “um país democrático evidentemente deve possuir, até porque a sua constituição assim o obriga, um

²¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.940.

²¹⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: IOB Thomson, n.51, agosto/set. 2008, p. 16.

²²⁰*Ibidem, loc. cit.*

Código de Processo Penal que adote um sistema acusatório, eminentemente garantidor²²¹.

Conclui-se, portanto, que foge da lógica garantista a aplicação imediata da lei que, *in casu*, viole a garantia do devido processo legal. Pontua-se que a garantia preservada apenas abstratamente não atinge seu objetivo real, qual seja a preservação, no fato mundo da vida, dos direitos que lhe são conferidos abstratamente. Nesse caminhar, “descobriremos que as normas adquirem seu pleno sentido jurídico quando se referem à solução de um problema ou conflito em particular, intervindo judicialmente com outras normas jurídicas que não são processuais”²²².

É indubitável que o casal Nardoni ficou-se prejudicado ao ver que fora suprimida uma via recursal que lhe concedia maior oportunidade para ir atrás da sua liberdade – bem maior tutelado pelo direito penal-processual. Não se pode negar a estes um meio de lutar pelo seu direito fundamental, ainda mais que lhe era anteriormente oportunizado o recurso por Protesto de Novo Júri.

Em que pese os tribunais tenham sustentado a não concessão do Protesto à ré com fulcro na máxima do *tempus regit actum*, discorda-se de tão aplicação puramente legalista, uma vez que essa tende a desprezar os preceitos maiores que circundam o ordenamento jurídico, inclusive, o processo. Como se defende, a *novatio legis* processual não pode simplesmente incidir no processo já em curso, vergastando o rol de garantias dantes visualizadas pelo réu no caso concreto.

Afinal de contas, parafraseando Aury Lopes Júnior, o termo “recursus” nos remete a retomar o curso de uma relação jurídico-processual existente, e não iniciar uma relação nova²²³. Quer-se dizer, o direito de recorrer nasceu no momento da prática do ilícito [formando uma relação jurídico-processual] e não da sentença condenatória ou absolutória, e objetiva-se a retomar o curso dessa relação já existente – admitir como marco do surgimento do direito a sentença condenatória ou absolutória é permitir o início de uma nova relação processual dentro de um mesmo processo,

²²¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: IOB Thomson, n.51, agosto/set. 2008, p. 16.

²²² BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.14.

²²³ Disponível em <<https://www.facebook.com/aurylopesjr/posts/421240394629623>>. Acesso em: 01.08. 2016, às 12:07.

adotando-se, pois, um novo paradigma base, o que não se pode admitir como correto.

Posto isso, tem-se que o réu sabe, desde o início da sua relação jurídica com o Estado, como no caso sub examine, quais os meios que terá para assegurar seu direito à liberdade, e qualquer restrição desses mecanismos legitimamente esperados seria violação de garantias.

Destarte, defende-se a não aplicação imediata da lei eminentemente de cunho processual. Ao contrário do defendido por parte da doutrina, bem como por algumas jurisprudências, entende-se que o processo possui cunho de garantia, motivo pelo qual deve se desenrolar com o fito de resguardar o acusado para que esse alcance proteção justa e, mais ainda, que se preserve, de igual modo, as garantias penais. Afinal, as garantias do direito material são também observadas no âmbito processual.

Relativo à supressão do Protesto por Novo Júri, é forçoso entender que a incidência imediata dos efeitos da lei revogadora fora prejudicial aos casos que já estavam em andamento, conforme o exemplo dos Nardoni. Não há dúvidas que negar à defesa, ou ao réu, uma via recursal, quando esta lhe era de direito e quando a supressão lhe for prejudicial, é negar-lhe o devido processo legal, bem como o duplo grau de jurisdição, ambos consagrados no ordenamento hodierno.

Em que pese ainda existente o recurso de apelação, o acusado tinha por expectativa a existência do recurso por protesto de novo júri, cuja hipótese de cabimento pode ser mais benéfica do que a apelação. E, o casal Nardoni, por exemplo, ao se ver sem tal possibilidade em face de lei superveniente, fez-se prejudicado, pois sua amplitude de defesa fora restringida. Assim, apesar de existente outra via de recurso e, portanto, preservado em abstrato o duplo grau de jurisdição, na situação em concreto fora restringida a possibilidade de defesa dos réus que eram possuidores de tal hipótese recursal antes do advento da lei revogadora.

Nota-se, no caso, inegável restrição ao direito de defesa, pois a *novatio legis* resultou em diminuição da possibilidade recursal, ocasionando prejuízo às partes, pois iniciaram o processo com o recurso de protesto por novo júri dentro da sua esfera de direitos em face da lei vigente à época do delito, mas quando da sentença, se viram sem essa possibilidade recursal devido ao princípio da imediatividade. Mais

uma vez, realça-se que o direito de recorrer não pode ter como paradigma a sentença, pois as garantias processuais já são vislumbradas desde o cometimento do delito.

Nessa senda, tem-se que a lei revogadora do Protesto por Novo Júri apenas deveria alarmar seus efeitos aos fatos delitivos ainda não cometidos, na medida em que se defende que o direito processual adote como marco temporal também o momento da conduta delitiva. Afinal, é no momento do cometimento do delito que nasce a relação do indivíduo com o Estado.

Vê-se que a aplicação meramente legalista da imediatividade aos sujeitos de infrações anteriores à lei processual nova maléfica viola, conforme o caso concreto, a ampla defesa, pois pode ser suprimida da esfera de tutela do indivíduo um mecanismo para combater a decisão do Estado, infringindo, por conseguinte, ainda que se negue o duplo grau de jurisdição, o devido processo legal – como fora o caso em análise. Isto posto, faz-se essencial a percepção do processo como meio de garantia da liberdade individual dos sujeitos, e não simplesmente como um “caminho” sobre o qual se pode passar da forma que bem se pretender.

Infere-se deste acontecimento fático que determinada lei que, em tese, cumpre os requisitos constitucionais pode ocasionar lesão real em determinada situação fática, de modo que se faz imperativo o controle das garantias constitucionais pelo magistrado, averiguando se estas estão sendo respeitadas, quando de posse de um processo deflagrado.

Percebe-se, pois, que o direito, apesar de se configurar em uma ciência do dever-ser, precisa atentar aos casos mundanos, bem como sobre suas consequências práticas, posto que, se assim não for, torna-se um sistema protetivo inócuo. Em sendo assim, a lei processual pura nova deve ser aplicada de imediato apenas quando não for prejudicial ao débil ou para as infrações cometidas sob sua vigência, de modo a moldar a regra da imediatividade processual ao sistema de garantias que, por óbvio, também deve ser observado pelo direito processual. Isso, por fim, possibilitaria uma perfeita sintonia e simetria entre o direito material e o processo – e de ambos com a Carta Maior.

5. CONCLUSÃO

Do quanto exposto, procurou-se avaliar o sistema de aplicação intertemporal das leis processuais penais, tecendo-se crítica ao dogma do *tempus regit actum* conferido ao processo, motivo pelo qual concluo que:

1. Alguns doutrinadores e aplicadores retiram da letra fria do artigo 2º do Código de Processo Penal Brasileiro que a lei processual deve incidir de imediato seja ela prejudicial, ou não, ao réu. Tal dispositivo, portanto, não se preocupa com a seara de direitos ofertados ao acusado como forma de lhe inculcar em posição de igualdade para com o Estado-juiz.
2. Necessário analisar as garantias trazidas pelo ordenamento jurídico, sobretudo, com os ensinamentos da doutrina de garantias, incentivada pelo momento histórico que vivenciou.
3. Deste estudo, conclui-se pelo entendimento de que o sistema constitucional hodierno é impregnado por inúmeras garantias que visam, sobretudo, a proteção do débil. Para tanto, positivam princípios e direitos fundamentais que devem ser assegurados ao indivíduo, seja quando da elaboração de novas normas, seja quando da aplicação das leis ao caso concreto.
4. Dito isso, possível concluir que a aplicação do diploma legal não comporta a mera subsunção, mas sim a sua interpretação crítica e, por conseguinte, aplicação consciente.
5. Com isso, necessário se fez adentrar à aplicação intertemporal da lei penal *stricto sensu* analisando como esta é realizada. Quando do desenrolar deste tópico, preocupou-se em evidenciar suas congruências com o sistema protetivo, garantista, do Estado Democrático do Direito, tendo por objetivo fim a análise da intenção do legislador infraconstitucional ao editar as normais penais.

6. Fora possível concluir que o legislador procurou resguardar o sistema de garantias nos termos das suas leis materiais, prestando atenção, também, para a aplicação das normas penais aos casos em concretos.
7. Forçoso concluir, pois, que este legislador alcançou o direito penal em sua essência, consubstanciado no ideal democrático preconizado pela Carta Política atual. Assim sendo, logrou êxito ao elaborar e, sobretudo, adaptar, o direito penal em conformidade com o sistema de garantias trazido à tona.
8. Ao se entender a lei penal e, principalmente, a intenção depositada nas normas penais, tornou-se imperioso o estudo sobre as leis processuais penais e sua aplicação intertemporal.
9. De forma superficial, acredita-se que as leis processuais devem ser aplicadas de imediato, independente se forem malélicas ao réu, preservado os atos já praticados sob a égide da lei pretérita. É, inclusive, nesse sentido que preleciona a doutrina e os tribunais do ordenamento jurídico brasileiro, quedando-se na interpretação mais confortável, caindo, por conseguinte, na defesa de um lugar comum.
10. Contudo, é imperioso reconhecer que não pode o processo penal se conformar com simples subsunção do que fora estabelecido no caput do artigo 2º do seu código. Dever-se-á, portanto, realizar esforço interpretativo para ir além da citada zona de conforto.
11. Posto isso, foi necessário interpretar o art. 2º do Código de Processo Penal em conformidade com o sistema constitucional e penal, em sentido estrito, buscando evidenciar as bases interpretativas destes dois, qual seja a preservação do mais fraco e a defesa de garantias do acusado.
12. Assim, fora necessário pôr em cheque o brocardo do *tempus regit actum* processual, defendendo que a lei processual penal só poderia incidir aos processos já iniciados quando não for prejudicial ao débil.

13. Buscou-se dar o enfoque no que diz respeito aos processos cujo objeto seja infração delitiva anterior à edição de lei superveniente prejudicial. Desse modo, não se questiona a aplicação da lei advinda aos processos cujo delito seja posterior à lei, pois, de fato, deve ser estabelecido um referencial mínimo para a incidência de nova lei.
14. À vista disso, pretendeu-se inovar no ponto paradigma do direito intertemporal processual, defendendo que este deve ser o mesmo adotado pelo direito penal [fato delitivo]. No entanto, preocupou-se em distinguir os dois sistemas intertemporais, asseverando que para o processo vige a imediatividade [nos termos e limites propostos], enquanto que para o direito material vige a irretroatividade.
15. Fora possível concluir que a lei processual penal pode ocasionar supressões de garantias no caso em concreto, motivo pelo qual sua regulamentação intertemporal deve ser interpretada também sob a ótica de constitucionalização das leis infraconstitucionais, afastando-se o princípio da imediatividade processual nos termos atuais e passando a adotar um novo tempo do ato – qual seja, o momento da prática delitiva.
16. Concluiu-se que o processo, portanto, deve ser regulado pela lei processual pura vigente à época da conduta criminosa, posto que é nesse momento que surge a relação do infrator com o Estado, fazendo emergir o poder punitivo deste e, por conseguinte, um espelho das garantias que serão inerentes aos acusados. Pretendeu-se demonstrar, conseqüentemente, que o processo penal deve alterar seu paradigma quanto à aplicação das leis processuais sucessivas no tempo, acolhendo como marco regulatório o tempo da infração, impedindo que novas leis prejudiciais sejam aplicadas de imediato às infrações cometidas sob égide de lei antiga mais benéfica.

REFERÊNCIAS:

ALENCAR, Antônia Elúcia. A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 99, vol.895, maio, 2010, p.471-499.

BARROSO, Luís Roberto. O DIREITO POR QUEM O FAZ – Direito Processual Penal. Embargos infringentes. STF – Supremo Tribunal Federal Ação Penal 470. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Nov./2013, boletim 252. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4980-O-DIREITO-POR-QUEM-O-FAZ---Direito-Processual-Penal.-Embargos-infringentes.-STF---Supremo-Tribunal-Federal-Acao-penal-470>. Acesso em: 23 junho 2015.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.
BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Lei 3.931**, de 11 de dezembro de 1941. Introduz o Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1 jan. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De13931.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

_____. VadeMecum Saraiva. **Código Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. VadeMecum Saraiva. **Código de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. <http://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo/#sdfootnote17sym>. Acesso em 21 de maio de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.88420 PR. Paciente:C.D. D.B.C.J., EDUARDO DE VILHENA E OUTROS. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DJ 08 jun. 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757552/habeas-corpus-hc-88420-pr>>. Acessado em: 15 de maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus. Proc: RHC 87172 GO. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DJ 03 fev. 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762036/recurso-em-habeas-corpus-rhc-87172-go>>. Acesso em: 15 de maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ext. 829 EP. Brasília, Julgado em 23 nov. 2001., DJ 18 dez. 2001. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível

em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14816762/extradicao-ext-829-ep-stf>>. Acessado em: 22 de maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 76206 SC. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgamento: 19 maio 1998. Segunda Turma. DJ 14 agosto 1998. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740862/habeas-corpus-hc-76206-sc>>. Acessado em: 22 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n.470. Voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf>. Acesso em 23 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 205731 – Proc. 1999/0018194-8. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DJ 07 agosto 2000. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342991/recurso-especial-resp-205731-sp-1999-0018194-8>>. Acesso em: 16 abril 2015.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima De. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

CUNHA, Rogério Sanches. Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **UMA BREVE SÍNTESE DOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.17-29.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal n. 74769120038070009, Proc. 0007476-91.2003.807.0009. Primeira Turma Criminal. Relator: Mario Machado. Disponível em:<<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5440010/apr-apr-74769120038070009-df-0007476-9120038070009>>. Acessado em: 16 maio 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **PRINCÍPIO DA OFENSIDADE DO FATO**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.33-49.

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Júnior Aury. Disponível em:

<<https://www.facebook.com/aurylopesjr/posts/421240394629623>>. Acesso em: 01 de agosto de 2016.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2002.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Editora Bookseller, 1997.

MARQUES, Marcos Ribeiro. Análise da teoria da instrumentalidade do processo em face do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual RBDPRO**. Belo Horizonte: Forum, ano 19, n.76, out./dez. 2011, p.135-154.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

MOREIRA, Rômulo Andrade. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

_____. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: IOB Thomson, n.51, agosto/set. 2008.

_____. **Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal**. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 121-155.

_____. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: IOB Thomson, n.61, abril/maio. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5 ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris LTDA., 2011.

QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antônio. Leituras Complementares de Processo Penal. MOREIRA, Rômulo de Andrade (Coord.). **SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL**. Salvador: Juspodivm, 2008, p.469-479.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 70054733928,. Quarta Câmara Criminal. Relator: Gaspar Marques Batista. Julgado em 24 de out. 2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113438397/recurso-em-sentido-estrito-rse-70054733928-rs>>. Acesso em: 16 maio 2015.

SAMPAIO, Alex; TÁVORA, Nestor. Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal. Schmit, Ricardo Augusto (Coord.) **PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.171-184.

SANTOS, Marina França. **A Garantia do Duplo Grau de Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey Editoria, 2012.

SILVA, Marco Antônio Chaves da. Da inaplicabilidade do Art. 366 CPP aos Processos Anteriores à Vigência da Lei 9.271/96. **REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**. Salvador: Edições Ciência Jurídica, Nova Alvorada Edições LTDA, vol. 6, n.8, jan./dez. 1997, p.196-198.

STRECK, LENIO LUIZ; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2010.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

TOURINHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Laura. **Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VIANA, Salomão. Temas de Direito Penal e Processual Penal: Estudos em Homenagem ao Juiz Tourinho Neto. SCARPA, Antônio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Foppel (Coord.). **PROCESSO E PROCEDIMENTO: METAMORFOSE E “FEED BACK”**. Salvador: Juspodivm, 2013, p.529-539.

