

A APLICAÇÃO IMEDIATA DA NORMA PROCESSUAL PENAL APENAS PRO REO: O DEVIDO PROCESSO LEGAL AO TEMPO DA PRÁTICA DELITUOSA

Leonardo Costa de Paula

Professor de Introdução ao Direito e Processual Penal UCAM, Mestre pela UNESA-RJ, Pesquisador do Grupo de Estudo Matrizes Autoritárias do Código de Processo Penal, Advogado/Pesquisador da Associação pela Reforma Prisional, Associado do Escritório Gamil Föppel Advogados Associados com foco de atuação no Rio de Janeiro.

Resumo: O suposto princípio da aplicação imediata da lei processual penal, do artigo 2º CPP, é inconstitucional quando em cheque com a norma do artigo 141, § 27 da Constituição de 1946. A norma com repercussão processual penal mais benéfica se aplica quando a defesa identificar melhora no rito com a nova lei. O acusado assume o risco de responder a uma pena menor frente à lei mais gravosa posterior também dá razão à ideia de que o agente não pode responder a processo que não o do momento do crime.

Palavras-chave: devido processo legal, aplicação imediata da lei processual penal, retroatividade da lei penal mais benéfica; inconstitucionalidade do artigo 2º CPP.

Resumen: El supuesto principio de la aplicación inmediata de la ley de procedimiento penal, artículo 2 de lo CPP, é inconstitucional cuando confronta a norma del artículo 141, § 27 de la Constitución brasileña de 1946. Las normas que afectan el proceso penal más beneficiosas debe se aplicar cuando así piensa la defensa. El agente no puede responder a diferentes ritos que el momento de la práctica del delito.

Palabras-clave: el debido proceso, la aplicación inmediata de derecho procesal penal, la retroactividad de la ley penal más beneficiosa. Inconstitucionalidad del artículo 2 del CPP.

INTRODUÇÃO

O objeto de discussão do atual estudo é determinar qual a dimensão da proteção do Devido Processo Legal, quando deparado com novas normas que ditam ritos diferentes ou alterem o procedimento do processo penal.

O problema que deu origem à presente discussão se embasa na verdade defendida pelo senso comum teórico da regra do artigo 2º do Código de Processo Penal o qual estabelece que a norma com repercussão processual penal será aplicada imediatamente, mesmo em processos já em curso.

A cultura manualística brasileira ainda defende uma equivocada distinção de leis penais, leis processuais e leis penais mistas, que também deu corpo à atual discussão. Demonstra-se que a terminologia correta é norma com repercussão penal ou norma com repercussão processual penal, podem existir normas com repercussão nas duas searas.

Problema secundário ao apresentado seria o da discussão sobre a validade do artigo que disciplina a imediata aplicação da lei processual penal quando deparado por uma interpretação correta do dispositivo do artigo 141 § 27 da Constituição de 1946, também se

importou em analisar o tratamento dado pelo projeto de lei que substituirá o Código de Processo Penal, se aprovado.

1 O SENSO COMUM TEÓRICO: A VISÃO TRADICIONAL

No primeiro momento importa fazer um mapeamento das diferentes opiniões acerca da aplicação imediata da norma com repercussão no processo penal, parte-se inicialmente pela definição encontrada no Código Penal e a do Código de Processo Penal junto com o posicionamento dos porta-vozes autorizados para ambos os dispositivos legais.

Inicialmente o Direito se afirmou tão-somente pelo Direito Material. O Direito Processual era mera aplicação da lei ao caso concreto. É necessário trazer a identificação do Direito Penal transitório sobre o assunto para compreender a distinção que se faz da aplicação da lei penal e processual penal quando da vigência de novas leis.

No Código Penal, pelo artigo segundo tem a disposição acerca da legalidade penal. Se porventura originar nova lei mais benéfica que ao tempo do crime que favoreça o agente esta deverá ser aplicada, inclusive nos casos decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Daí Nelson Hungria¹ define que se a nova lei for menos favorável que a anterior, incriminando novas condutas, ou majorando sua pena, não se aplicará àqueles que tinham cometido o fato delitivo antes da vigência da nova lei.

A contrário senso, quando a lei posterior for mais favorável, diz o autor², que ela será *extra-ativa*, tendo uma ultra-atividade e se projetando no passado. É o que se chama simplesmente por retroatividade da lei penal. Complementa: *também irrefutável é o direito do criminoso contra a ulterior agravação da pena.*³

Heleno Fragoso⁴ faz as mesmas ressalvas e estabelece a diferença entre a Lei Penal e a Processual Penal, já que esta última deverá se aplicar imediatamente, com exceção ao respeito *do princípio do juiz natural, que é garantia do direito de liberdade do cidadão, incluindo-se cláusula genérica do art. 153 §36 da Constituição Federal.*⁵

¹ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal vol. 1 tomo I: arts. 1 a 10.* 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 106.

² *idem.*

³ *idem.*

⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral.* 3ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1978, p. 112.

⁵ A Constituição ao tempo do livro era de 1946, que será de suma importância em outro momento do presente estudo.

Pierangeli e Zaffaroni⁶, em obra conjunta, estabelecem a razão pela qual se funda o princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica, pois o *direito penal regula somente as situações excepcionais, em que o Estado deve intervir para a reeducação social do autor*. Quando se altera a *ingerência do Estado no círculo de bens jurídicos do autor denota uma modificação na desvalorização de sua conduta*. Essa modificação significa que a lei considera desnecessária uma ingerência da mesma intensidade nos bens jurídicos do autor o que faz dispensar qualquer ingerência já que a prática deixou de ser importante em momento seguinte.

Até então, se estabeleceu a compreensão do Direito Penal transitório, ou seja, quando há alteração legislativa de normas de conduta penal. Entretanto, o presente objeto de Estudo é o de Direito Processual Penal, dessa forma, se preocupa com a visão dos porta-vozes sobre o tratamento nessa esfera.

O Código vigente, de 1941, define no artigo 2º que *a lei processual penal aplicar-se-à desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*.

Assim, necessário buscar a identificação de Hélio Tornaghi⁷ sobre o tema, que dispõe textualmente que *a norma de Direito judiciário penal tem que ver com os atos processuais, não com o ato delitivo*. Nenhum ato do processo poderá ser praticado a não ser na forma de lei que lhe seja anterior, mas nada impede que ela seja posterior à infração penal.

Frederico Marques⁸ também adota a aplicação imediata da lei processual penal, já que *a norma processual não tem efeito retroativo*. A sua aplicação imediata decorre do princípio, válido para toda lei, de que, na ausência de disposições em contrário, não se aplica a norma jurídica a fatos passados (...). A lei processual, portanto, provê apenas para o futuro.

Complementa este já que não é possível que haja a aplicação de lei processual favorável ao réu, o que ocorre é que se uma nova lei prejudicar o *direito de defesa, não será decorrência de preceitos sobre o conflito de normas no tempo (...) tal lei será juridicamente ilegítima, por inconstitucionais*.⁹

Magalhães de Noronha¹⁰ não encontra problemas na aplicação imediata da lei processual penal, mesmo se a lei nova substituir juízes, modificar a composição dos tribunais ela se aplicará aos processos em curso. Já que *o fundamento da aplicação imediata da lei processual é que se presume que ela seja mais perfeita do que a anterior, por atentar mais*

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 229.

⁷ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal 1º vol.* 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 173.

⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 44.

⁹ *idem*.

¹⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 10.

aos interesses da Justiça, salvaguardar melhor o direito das partes, garantir defesa mais ampla ao réu.

Tourinho Filho¹¹ faz ressalvas sobre a retroatividade da eficácia da lei penal no tempo, em seguida pontua que a eficácia da lei processual penal não tem efeito retroativo, já que os atos já foram praticados e justifica essa regra pelo fundamento de que o *Estado disciplina a administração da justiça da maneira que lhe parece a mais acertada e deve-se presumir que a nova lei seja melhor que a anterior, não só para o interesse coletivo, como também para os interesses individuais reconhecidos e protegidos pelo Direito Público em geral.*

Da mesma opinião sobre a disciplina da administração da justiça é Manzini¹² já que *el Estado disciplina como mejor le parece la administración de justicia, y hay que presumir que el nuevo reglamento sea mejor que el anterior, no sólo para el interés colectivo, sino también, en un Estado libre, para los intereses individuales reconocidos y protegidos por el derecho público general.*

Tourinho Filho¹³, ainda faz a distinção de normas penais para normas processuais penais, as penais seriam *todas aquelas que atribuem virtualmente ao Estado o poder punitivo (...) o poder de disposição do conteúdo material do processo*, nessas se aplicariam as regras de Direito transitório penal e no caso de normas de Direito Processual Penal são as que *regulam o início, desenvolvimento e fim do processo, as que estabelecem garantias jurisdicionais na execução das coisas julgadas.*

É a mentalidade de diminuição da impunidade que permeou a edição do Código de 1941, dessa forma, não quer dizer que a lei venha para melhora já que tal lei veio para limitar um extenso rol de garantias, a não ser que se transforme a melhora sempre a critério do intérprete, se ela vier mais aviltante às garantias, então ela defenderá a segurança pública, a fúria autoritária e o poder que se percebem na edição de leis.

Se a repressão vai ficar mais forte, se a busca por condenação será mais eficaz, sobre o olhar autoritário, então o reprimido sofrerá mais as garras do leviatã, portanto, não há o que se falar em melhora da legislação como se o historicismo pudesse apresentar uma idéia de evolução, de progressividade, com novas leis promulgadas.

Se isso fosse assim, não haveria a proteção da irretroatividade da lei menos benéfica, já que ao tempo da prática a repressão penal era feita por uma questão de política criminal ou escolha do legislador de uma maneira que foi agravada com a lei nova.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, vol. 1. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 99.

¹² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho proecl penal*. Tomo I. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 231.

¹³ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de...* p. 115.

Quem sabe, pelo olhar de intérprete distinto, a *abolitio criminis* ou até a diminuição da pena poderá também representar um regresso na repressão penal. Não há como se deixar uma linha singular dizendo que toda nova lei caminha para melhorar a situação, ou será que os judeus na Alemanha fascista pensavam que as leis que permitiram todos os abusos vieram para melhorar a Alemanha como um todo?¹⁴

De maneira um pouco distinta trata o assunto André Nicolitt¹⁵ já que inicia tratando sobre o assunto acerca da aplicação imediata dos Direitos Fundamentais, o que já é por demais meritório. No mais, se importa em definir a aplicação da norma de acordo com a maior parte da doutrina, chamando atenção para a impossibilidade de aplicação de prazo menor para o recurso caso já tenha sido prolatada uma sentença.

Apresentado o panorama em que se encontra a visão majoritária do senso comum teórico no Brasil, parte-se para uma análise de estrutura lingüística para a compreensão da dimensão do que representa as distinções entre lei e norma, necessários à compreensão do presente objeto.

2 LEI PENAL MISTA OU NORMA COM REFLEXOS PENAL E NORMA COM REFLEXOS PROCESSUAL PENAL

Dentro do que já foi apresentado como o panorama pela parte massacrante do senso comum teórico, acrescido da notícia de que os tribunais assim utilizam os institutos mencionados, temos que verificar o erro conceitual de Lei penal mista, para informar que seria o critério padrão para permitir a retroatividade da norma com reflexos processual penal menos benéfica.

Assim, quando fosse o caso de normas que tratem sobre prescrição, decadência entre outros institutos, seria aplicado a norma mais benéfica, neste casos estas normas estariam circunscritas com a identificação conceitual de normas penais mistas.

¹⁴ Para exemplificar veja trecho da lei que foi promulgada em 1935: “Art. 1º - 1) São proibidos os casamentos entre judeus e cidadãos de sangue alemão ou aparentado. Os casamentos celebrados apesar dessa proibição são nulos e de nenhum efeito, mesmo que tenham sido contraídos no estrangeiro para iludir a aplicação desta lei.” Disponível em: <<http://www.shemaysrael.com/artigos/128-israel/1258-leis-de-nuernberg.html>>, acesso em 01 de fevereiro de 2011. Isso demonstra claramente o abuso e a invasão que a lei Nazista causou aos Judeus, e isso não pode ser interpretado como uma melhora a não ser para os detentores do poder.

¹⁵ NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 4.

Quem chama atenção de forma clara sobre essa identificação é Fauzi Choukr¹⁶ textualmente diz que *Ainda que normas “mistras” existam, nada mais são do que normas que regulam aspectos materiais e processuais.*

Isso é importante para poder compreender de certa forma uma simplificação que usualmente ocorre de chamar de lei aquilo que pensamos ser norma, e chamar de normas aquilo que pensamos ser regra e assim sucessivamente.

Talvez essa confusão seja dada pela própria origem dessas palavras. Na análise etimológica todos estes termos andam bem próximos em sua compreensão, mas com alguma nuance que se destacam umas das outras.

Regra vem do latim *regula*. Regularizar traz a idéia de pôr em ordem¹⁷, de algo que é reto por natureza e serve para definir a retidão das coisas, já que regra *é o objeto que serve para endireitar ou esquadrar, serve de padrão, pois régua é barra direita e lisa de madeira ou metal.*¹⁸

Assim, podemos perceber a influência que tende a compreender régua como algo direito, reto. Direito é derivado do latim *directus*, ou seja, o mais reto. O que torna a compreensão das palavras mais próximas ainda.

Apesar disso, Lei e norma contém certa diferença etimológica, inclusive de régua, poderemos compreender que Lei é derivado do latim *lex*¹⁹ que é a idéia de direito escrito e promulgado, lei também se traduz como *conjunto de preceitos jurídicos aceitados pela assembléia dos cidadãos romanos*, traz inerentemente a idéia de que é algo mais amplo do que um mero dispositivo.²⁰

Norma, por sua vez decorre da palavra latina de mesma grafia e carrega a idéia de normal, normalidade. Este verbete traz sintonia com a idéia daquilo que é normal, ou seja, *conforme a norma comum*²¹ norma também se identifica com o *mais comum*.²²

¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri: reformas, contiunismos e perspectivas práticas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 14.

¹⁷ BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, Q-S, 7º vol.* Santos: Brasília Ltda, 1974, p. 3439-3430

¹⁸ MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa, quinto volume*. 3 ed., Lisboa: Livros Horizonte, 1977, p. 65.

¹⁹ MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa, terceiro volume*. 3 ed., Lisboa: Livros Horizonte, 1977, p. 400.

²⁰ FARIA, Ernesto (org.). *Dicionário escolar latino-português*. 2 ed. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, 1956, p. 541.

²¹ BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, N-P, 6º vol.* Santos: Brasília Ltda, 1974, p. 2655.

²² FARIA, Ernesto (org.). *Dicionário...* p. 627.

Para complementar esta distinção importante trazer a identificação de Torquato Castro Jr.²³ o qual se preocupou em identificar as diferenças entre norma e regra. *Norma seria aquilo que é aplicável ao comportamento humano sob o ponto de vista ético, ao passo que regra corresponde ao comportamento humano técnico.*

Identificando a finalidade de norma ou regra tem-se que *as “regras” técnicas da engenharia seriam ontologicamente diferentes das “normas” éticas do direito e da moral. As regras têm um fim prático, as normas um fim ético.*²⁴

Essa distinção já permite a compreensão mais exata do uso dos termos em Direito. Lei compreende um conjunto de normas, e regra é aquilo que, distinto da norma, não comporta análise moral para a sua realização. Além do que, a regra se destitui da interpretação e cabe para questões fora do comportamento humano, mais voltado a área técnica.

Não é suficiente entender que a Lei seria um conjunto de normas. Norma é aquilo que normatiza determinada prática ou perspectiva prática da vida das pessoas. Essa normatização não necessita que esteja definida em um só dispositivo isolado dentro de uma norma.

Quem explica esse entendimento é Norberto Bobbio, pela Teoria do Ordenamento Jurídico, podemos compreender o sistema jurídico por um feixe de dispositivos que regulam nossa vida. Cada dispositivo não precisa ter o preceito que define sua obrigatoriedade inscrita no mesmo diploma legal, ele poderá vir complementado em outra parte do ordenamento jurídico, a isso se dá o nome de unicidade do ordenamento jurídico.²⁵

Ao passo que é importante saber que não é cada artigo da lei que vai compreender uma norma nem que cada inciso deste artigo será necessariamente uma norma isolada. Pode existir a definição de mais de uma norma em uma única alínea, esta regra não é precisa e depende da compreensão do exegeta.

Há uma provável razão de se chamar o conjunto de normas jurídicas de lei, pelo menos uma que é compreensível e que dá sentido à idéia de obrigatoriedade com este termo.

Na epistemologia científica, quando algo já está provado e tem uma relação direta de causa e efeito se chama de lei, assim aconteceu com a Lei da Gravidade e as Leis de Newton, todas elas já foram comprovadas empiricamente e ninguém é hábil para deixar de segui-las. A preocupação da ciência passa por alguns aspectos, é o ver, empírico, rever, no qual reproduz o

²³ CASTRO JR., Torquato. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente : reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista.* São Paulo: Noeses, 2009, p. 146.

²⁴ *idem.*

²⁵ BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico.* 6 ed. Brasília: Fundação Universidad de Brasília, 1982.

experimento para, por fim, prever. Todos os experimentos iguais àquele produziram os mesmos resultados. Conhecido como relação de causa e efeito dentro do positivismo científico.

Sobre isso já se posiciona Ruth Gauer²⁶:

Isso que significa que os cientistas dessa época, ao tentarem compreender os fenômenos cósmicos desvinculando-os da crença religiosa, não impediram que se sacralizasse uma nova crença, justamente a crença na “verdade” científica. Compõe a verdade científica o conjunto de leis elaborado pelos modernos e contemporâneos, com a função primordial de normatizar as sociedades.

Ideologicamente é importante compreender a lei jurídica como uma lei científica já que quando se fala em leis científicas comprovadas, de caráter geral e uníssono, ninguém pode escapar de seguir, todos estão inseridos nesta lei.

E o Direito com isso? Alguns podem se perguntar o que levou os teóricos do Direito ou o Estado a chamar as ordens, antes reais, como as ordenações Filipinas, Afonsinas, Manuelinas de Leis.

Pois o que se queria impor a todos é que mesmo para as leis jurídicas ninguém poderia escapar desta normatização na sociedade. E isso pode ser identificado em Ruth Gauer: *A vontade de dar leis como forma de controle é ambicionada por governantes sempre que o poder foge ao controle.*²⁷

E com essa característica de trazer cientificidade ao Direito foi compreendida a lei científica tal como se compreende a lei por Kelsen, se não, acompanhe seu próprio raciocínio: *Assim como o aquecimento da esfera metálica é o meio para obter o fim – para dilatar a esfera – (...), porque é a causa deste efeito.* Tal raciocínio é aplicado ao Direito, trata agora de um dever-ser que esclarece o fim e o efeito querido, desejado, *O dever-ser não é relação entre dois elementos: nem uma relação entre o ato de fixação da norma e a conduta correspondente à norma. O dever-ser é a norma, quer dizer: é o sentido do ato.*²⁸

Confunde, pois, regra, já que destituída da moral, com norma, normatização da vida privada, e a chama de lei, o que seria para Kelsen o único objeto do Direito.

Esse cientificismo trazido pelo positivismo depreendeu do Direito e do agir estatal o valor, que foi importante para a validade da lei como poder de coação do Estado. Depois da

²⁶ GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 12, disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/afundacaodanorma.pdf>>, acesso em 01 de fevereiro de 2011.

²⁷ GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação...* p, 152.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 14.

laicização do Estado, não mais se podia atrelar a lei ao poder de Deus para que os cidadãos a respeitassem. Conforme essa teoria, o Direito é marcado pela ordem de coação.²⁹

Isso se espelha claramente sobre outro aspecto a de que o documento legislativo de seguimento obrigatório dentro do Positivismo Jurídico chama-se Lei. Lei para a ciência significa aquele saber inquestionável, comprovado empiricamente e que ninguém pode escapar.

Claro está que não se pode pensar que os documentos legislativos, ditos leis, é sinônimo de norma. Menos ainda que norma é sinônimo de regra. Regra não carrega análise ética ou moral. É na norma que reside a possibilidade de o Estado incluir no Direito um agir com caráter de obrigatoriedade. Esta norma poderá estar disposta em uma lei, em várias, mas não é o mesmo que regra já que vai ter que ser valorado, além do critério de validade, pelos critérios de qualidade, seja o da legitimidade ou da efetividade.

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL AO TEMPO DA PRÁTICA DELITUOSA

Dentro da idéia de sistema penal e aplicação da pena ao acusado. Na seara penal é inconteste que a pena a ser aplicada é a mais benéfica, seja a vigente na data do crime, ou a nova norma penal.

A prática criminal eleita pelo Estado e a pena atrelada a esta prática se dá no curso do tempo, quando o agente delitivo ‘resolve’ praticar um crime ele assume uma espécie de risco de receber a sanção da pena correspondente a tal prática.

Este é o raciocínio que inclusive dá base à idéia da repressão geral ao crime. Quanto maior o espectro de pena aplicada a um crime, maior a repressão contra aquela determinada prática criminosa, ou seja, mais execrável é a conduta, ou, buscando a identificação da norma, menos normal seria tal conduta.

De outro lado, o Devido Processo Legal, originariamente previsto na parte final do artigo 39 da Carta das Liberdades traz a seguinte redação originária:

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.³⁰

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral...* p. 30.

³⁰ SEM TERRA, João. *Magna Carta – the great charter*. Disponível em: <<http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/index.html#>> acesso em 18 de maio de 2008. Em tal sítio eletrônico está disponibilizado a versão original e sua tradução para inglês. Trecho traduzido livremente do inglês: *No free man shal be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any*

Este compromisso assinado por João Sem Terra foi uma limitação do poder soberano contra aqueles que tinham conhecimento da sua existência e liam em latim, já que escrita em tal vernáculo.

Além disso, cabe fazer um esforço histórico para saber a validade do artigo 2º do Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, a análise será feita não só com vistas ao atual ordenamento jurídico, já que o Código de Processo Penal transcendeu alguns ordenamentos distintos, que a Carta Magna teria mudado.

Interessante que durante os estudos que deram origem ao presente artigo percebeu-se o esforço teórico e hermenêutico de alguns autores ressaltarem a plena validade do artigo que preza pela imediatidade das normas processuais penais.

Daí que, a primeira Constituição que seguiu o Código de Processo Penal foi a de 1946, que trazia necessário e interessante artigo que normatizava o devido processo legal no então ordenamento jurídico:

Dos Direitos e das Garantias individuais

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 27 - **Ninguém será processado nem sentenciado senão** pela autoridade competente e **na forma de lei anterior**.³¹

Frederico Marques³² foi um dos porta-vozes que realizaram o esforço de fundamentar que o dispositivo transcrito acima não estaria em desconformidade com o suposto princípio da imediatidade da norma processual penal: *No art. 141, § 27, não há, pois, regra de direito intemporal, e sim a garantia de que o juiz não legisla, mas processa e julga de acordo com a lei anteriormente feita.*

A opinião de que o juiz não legisla também aparece nas palavras de Helio Tornaghi³³: *o que a Constituição exigia não era a aplicação da lei processual anterior ao delito. A norma de Direito judiciário penal tem que ver com os atos processuais, não com o ato delitivo. Nenhum ato do processo poderá ser praticado a não ser na forma da lei que lhe seja anterior, mas nada impede que ela seja posterior à infração penal.*

other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.

³¹ BRASIL, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>, acesso em 27 de janeiro de 2011.

³² MARQUES, José Frederico. *Elementos de...* p. 45.

³³ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de...* p. 174.

Nada impede? Aí já é um pouco demais, veja que a reeleitura, nos moldes democráticos do dispositivo de 1946 não diria isso, na verdade a reeleitura nem precisa ser democrática, menos ainda reeleitura, basta uma simples leitura literal de tal norma, que será traçado adiante.

Tourinho Filho³⁴ utiliza-se do mesmo raciocínio, informando que *o que a Constituição exigia e proclamava é que ninguém poderia ser processado sem que houvesse uma lei anterior que regulasse o respectivo processo. Se a lei traçasse, digamos, figura delituosa e não houvesse nenhuma lei regulando o respectivo processo, aquele que infringisse a norma não poderia ser processado.*

Essa argumentação padece de falácia clara. A não ser que se ignore que o procedimento comum se aplica a todos salvo as exceções estabelecidas, então, como que existiriam delitos cujo procedimento já não estivesse prescrito em lei?

Ora, analisando o devido processo legal estabelecido em 1946, após tal Constituição, a exegese apresentada não é certamente a mais autêntica que se pode fazer daquela construção verbal.

Pela frase: *Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior* têm-se quatro normas em um único dispositivo que seguem:

- a) Quem for processado o será por autoridade competente
- b) Quem for processado o será na forma da lei anterior
- c) Quem for sentenciado o será por autoridade competente
- d) Quem for sentenciado o será na forma da lei anterior.

Destaca-se que no §27 do artigo 141 da Constituição de 1946 são quatro normas, duas que normatizam o instituto do juiz natural e duas que tratam do devido processo legal. No momento importa somente a segunda conclusão lógica dada pela original. O processo só poderá ser feito na forma da lei anterior.

Diferente da atual Constituição, o princípio do devido processo legal e o princípio do juiz natural estabelecidos em dispositivos distintos o faz da seguinte forma, pelo artigo 5º:

- LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
- LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal...* p. 111.

A nova Constituição foi restritiva em relação a tais dispositivos, já que focou no devido processo legal para não mais proteger a forma pela qual o indivíduo será processado, apenas que esta seja estabelecida pelo devido processo legal, pela visão tradicional.

Ora, se as redações são distintas, suas exegeses serão distintas. Não importa que o legislador tenha errado, não importa o que a mente autoritária e persecutora pense em comunidade ou como o senso comum teórico discorre sobre o assunto, importa a proteção que deveria ter sido reconhecida ao tempo daquela proteção.

Importante é que para este Código de Processo Penal de 1941 seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º. Não importa que este reconhecimento ocorra depois de 65 anos.

O Direito sempre fingiu se importar com a celeridade, mas na prática sempre se mostrou lento e defasado, nunca teve interesse em modificar a tradição e a cultura inquisitorial, salvo exceções, mas que demorou 20 anos para declarar a Lei de Imprensa Inconstitucional.

Porque não declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º do Código de Processo Penal, já que feriu disposição Constitucional, mesmo que de uma Constituição pretérita?

Os dispositivos em comento tratam de proteger o indivíduo contra o abuso do poder estatal. É claro e evidente a proteção do Juiz Natural, por exemplo, pelo que a redação constitucional do Art. 5º, inciso XXXVII define que *não haverá júízo ou tribunal de exceção* em que esses dispositivos se distanciam do não haver processo ou rito processual de exceção? Em nada!

A finalidade da proteção do devido processo legal e do juiz natural é a mesma, ambas servem para limitar o poder Estatal contra abusos excepcionais! E na Constituição de 1946 isto era evidente, só que o esforço discursivo e falacioso dos porta-vozes autorizados auto-denominados doutrinas, pela cultura manualística brasileira, entraram em consenso de que isto seria um absurdo. Absurdo também pensar que a terra era esférica, se isso fosse dito no século XIII.

Aury Lopes Jr.³⁵ fundamenta que o artigo 2º do CPP *não resistiria a uma filtragem constitucional (...) Isso porque não há como se pensar o Direito Penal completamente desvinculado do processo e vice-versa. Ainda mais que não poderá haver punição sem lei anterior que preveja o fato punível e um processo que o apure.*

É isso que justamente dá o caráter de coesão do sistema penal, não se pode pensar o direito substancial nem o processual penal estanques. *Logo as regras da retroatividade penal*

³⁵ LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume I*, 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.217.

*mais benéfica devem ser compreendidas dentro da lógica sistêmica, ou seja, da retroatividade da lei penal ou processual mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei mais gravosa ao réu.*³⁶

De diferente forma se trata da aplicação imediata da lei processual penal na Argentina. Amparados pela determinação que coaduna com a da Constituição de 1946³⁷ a identificação da maneira como o acusado será processado quando da mudança da lei processual penal será tratada de maneira consoante ao defendido no presente artigo.

Júlio B. J. Maier³⁸, discorrendo sobre a aplicação da norma processual penal deixa claro que a aplicação retroativa só representa obrigação para o executor da lei, defende que o procedimento em tramite se rege pela lei antiga. E aí ocorreria nesse caso a ultra-atividade da lei anterior, desde que iniciados.

Maier³⁹ ainda se preocupa em dizer que o tratamento mais benigno da nova lei poderá ser aplicado sem problemas para processos iniciados e com o tramite processual da lei anterior, ou seja, utiliza-se a mesma regra da retroatividade da lei penal, quando mais benéfica.

O processo forma um todo lógico de atos encadeados para alcançar um fim. É esta a idéia de processo, é um caminhar para frente, carregando a ideia de marcha processual.

Necessárias as palavras de Geraldo Prado⁴⁰ que esclarece que a *ordem das coisas colocadas no processo permite (...) constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar.*

Portanto, dentro do procedimento a ordem dos atos tem uma razão de ser, não é colocado despretensiosamente. Dessa forma não tem possibilidade de se adequar o ato do processo com a lei vigente, já que nem será possível, dependendo da modificação processual definir em qual momento se encontra o processo.

Nesse sentido melhora o Projeto de Lei 156/2009:

Art. 7º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, ressalvada a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

³⁶ *idem.*

³⁷ Constituição da Nação Argentina: “Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. (...)” Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo1.php>>, acesso em 30 de janeiro de 2011.

³⁸ MAIER, Júlio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 245.

³⁹ MAIER, Júlio B. J. *Derecho procesal...* p. 248.

⁴⁰ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 136.

§ 1º As disposições de leis e de regras de organização judiciária que inovarem sobre procedimentos e ritos, bem como as que importarem modificação de competência, não se aplicam aos processos cuja instrução tenha sido iniciada.

§ 2º Aos recursos aplicar-se-ão as normas processuais vigentes na data da publicação da decisão impugnada.

Pelo possível futuro dispositivo processual que regula a aplicação da norma processual no tempo, quando versar sobre procedimentos e rito em curso, só se aplicará para processos ainda não iniciados sob a vigência da lei anterior.

Isso por si só não é suficiente. Pode ser que para o acusado pode ser mais interessante que seja utilizado o novo rito. Mas quem vai definir se o novo rito é melhor ou pior para o acusado? Certamente não é o Supremo Tribunal Federal, que é político por natureza, mas sim a Defesa, esta deverá, quando muito, ser indagada se deseja o novo rito ou como se posiciona pensando se é melhor a nova norma.

Pode ser que, para o Defensor, melhor seguir o antigo rito, já que ele pode também estar com a tradição e o modo de operar a defesa com aquela sistemática prevista para aquele crime praticado antes da vigência da nova norma com reflexo processual penal, em tese melhor.

Não é fácil definir quando a norma com efeitos processuais é melhor ou não para o acusado. Fácil só se utilizar uma generalização e que toda nova lei vem para melhorar a administração da justiça e melhorar a defesa do acusado, sempre, como muito já se acreditou.

Que as novas leis virão sempre para melhorar é tão verdade quanto a terra ser quadrada. Tome como exemplo a dimensão protetiva do devido processo legal, interpretada de maneira literal, diminuiu. Ou seja, não está explícito na Constituição de 1988 que a norma com reflexos processuais que será utilizada para o acusado será aquela do tempo da prática, mas a Constituição de 1946 assim dizia, apesar da comunidade jurídica da época definir que isso não era literal.

A justificativa para a existência do Direito Penal e da sanção ser maior ou menor é justamente o caráter de reprovabilidade da conduta, de acordo com a quebra da normalidade.

Assim, quando se pensa que um agente delitivo atua em desconformidade com a norma que define práticas penais ele o fez assumindo o risco de que se for preso poderá receber a pena nos moldes definidos em lei.

Da mesma forma que essa argumentação serve para impedir que uma lei que estabeleça pena dilatada seja aplicada para fatos pretéritos à sua vigência, anterior também será a aplicação do rito mais benigno, já que o agente delitivo, quando delinuiu assumiu o risco de ter uma pena aplicada e ser submetido a um tipo de processo, processo este definido

em lei, anterior à data do delito. Isso se resume na idéia do devido processo legal ao tempo da prática criminosa.

O réu não assumiu o risco de ser processado por uma nova norma processual mais aviltante ou com menos possibilidade de defesa.

E porque se preocupa a doutrina em defender que a exceção para a regra processual será a da competência ou do juiz natural? E uma distinção falaciosa. Aqui se carrega a exata mesma proteção. Quando se diz que o acusado não pode ser submetido a Tribunal de Exceção, art. 5º inciso XXXVII CRFB, se compreende que também não será feito por rito de exceção.

Para exemplificar a idéia de tratamento de processo de exceção atrelado a tribunais de exceção, pode-se citar o filme de Costa Gravas⁴¹, *Seção Especial de Justiça*. No filme depois de alguns atentados contra as forças de ocupação na França foi proposta a criação de uma jurisdição especial prevista por uma lei de exceção com a intenção de interromper esses atentados e dar uma resposta às forças de ocupação. Foi criada uma nova lei, retroativa, no qual seis franceses seriam condenados à morte, legalmente.

A nova lei condenaria esses franceses sem recurso, sem apelação. O Tribunal era de exceção e o procedimento para fazê-lo também o era. O procedimento era ágil, já que em menos de uma semana após o atentado poderiam ser executadas as sentença de morte. A retroatividade, pelos agentes estatais no filme, é considerada mera formalidade.

Ainda por cima, neste rito de exceção não existiria recurso, ou seja, normas procedimentais com efeitos retroativos, pois os condenados foram submetidos a novo julgamento, como novos juízes e novo procedimento, carregando a identidade de um tribunal de recursos de última instância.

Seis pessoas deveriam ser condenadas, isso com fundamentação no suposto interesse público, num suposto interesse geral. Feito o julgamento a portas fechadas, pois o debate seria perigoso à ordem pública. O tribunal de exceção funcionou durante toda a ocupação da Alemanha na França. Em resumo, como está no próprio filme, valeria *sempre a razão do Estado*?

É justamente isso que se propõe com a presente visão a respeito do devido processo legal ao tempo da prática delituosa. Não importa mais acreditar em conto de fadas de que as novas leis vêm sempre para melhorar, que não limitam a defesa e que a administração da justiça comporta aplicações imediatas.

⁴¹ COSTA-GRAVAS, Constantin. Filme de longa metragem: *Seção Especial de Justiça*. Direção: COSTA-GRAVAS, Constantin e Produção: CROSNIER, Gerard. Paris: Franco-italo-germânica Reggane Films, 1975.

Se o processo não é proteção, então vale tudo, vale execução sumária, vale no momento em que se encontrar o criminoso cumprir a pena, pena esta inventada pelo carrasco. Mas se é um Estado Democrático de Direito, se é função do Leviatã proteger deve-se ter em mente que não vale a razão do Estado, não vale a alegação de mera formalidade. Vale, sim, diminuir o abuso e não confundir o algoz com o leviatã.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo perpassou pelas discussões acerca do Direito Penal transitório, quando ocorre a vigência de nova norma com repercussões penais de aumento ou diminuição de pena. No primeiro caso se aplica a lei ao tempo da prática delitiva e no segundo a lei penal retroage para beneficiar o acusado.

Apresentou-se a justificativa do sistema de aplicação de lei penal, já que o agente teria em mente que poderia pegar até o limite da pena cominada, quando da prática e em momento seguinte, se ocorresse a descriminalização da conduta ou diminuição da pena, terá vigência retroativa.

Em seguida, tomou corpo o pensamento que estabelece o senso comum teórico, trazendo a indicação das obras mais relevantes sobre este aspecto, no Brasil e na Itália, berço do Código de Processo Penal de 1941.

No passo seguinte procurou ser compreendida a diferença entre lei, norma e regra, termos necessários para que não sejam confundidos entre si e suas consequências, quais sejam, a de normatizar determinadas áreas da vida, quando se tratar de normas jurídicas, as quais podem ter repercussões na área penal ou processual penal. Essas podem ter repercussões em ambas as searas, mas que isso não torna uma norma em lei penal mista, já que é um termo simplificado e incompleto de significado.

No momento final do artigo buscou-se compreender que houve revogação do artigo 2º do Código de Processo Penal, dado pelo artigo 141 § 27 da Constituição de 1946, apesar de não declarada por um suposto consenso na comunidade jurídica, fica claro a necessidade de declaração da inconstitucionalidade de tal artigo pela Carta Constitucional citada.

Pela idéia que dá fundamento ao Direito Penal transitório se demonstrou que quando o agente delitivo opta por praticar o crime, e por este raciocínio simplista, se carrega uma idéia de teoria do risco para o cometimento do crime, ou seja, o criminoso assume o risco de ao realizar determinado crime responderá como consequência determinada pena.

Pelo mesmo raciocínio que embasa a idéia de repressão penal geral ou específica, o criminoso, quando participa de uma demanda delitiva impõe que poderá ser reprimido por aquele patamar de pena e também por uma determinada forma do processo, e isso já estava disposto na Constituição de 1946.

O que se sustenta, por oportuno, é que o Devido Processo Legal é estabelecido pelo tempo da prática delitiva e não por normas posteriores, isso é a expressão do devido processo legal substancial, que não comporta mitigações na esfera da proteção individual.

A norma com repercussão processual penal, se mais benéfica seguirá a mesma lógica que embasa e norma com repercussão penal.

O Supremo Tribunal Federal, tribunal político por excelência, não terá capacidade de ditar que uma modificação processual quando se refere a rito e procedimentalização é mais benéfica, já que é a técnica defensiva que permite dizer que uma forma ou outra é mais favorável à defesa. Deve-se portanto, dar valor ao sistema acusatório e que a defesa se manifeste neste sentido.

O Anteprojeto de Lei 156/2009 trouxe evidente melhora em contraste com a aplicação imediata da norma processual penal, apesar de ainda não alcançar a melhor forma de se aplicar o devido processo legal ao tempo da prática delituosa.

Argumentações autoritárias e infundadas presentes na corrente do evolucionismo ou progressividade das novas normas de que a nova lei sempre será melhor do que a anterior, ou até de que quem disciplina a boa administração da justiça é o Estado perde força quando inserido em um Estado Democrático de Direito, de maneira substancial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília: Fundação Universidad de Brasília, 1982.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, N-P, 6º vol.* Santos: Brasília Ltda, 1974.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa, Q-S, 7º vol.* Santos: Brasília Ltda, 1974.

CASTRO JR., Torquato. *A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente : reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista*. São Paulo: Noeses, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri: reformas, contiunismos e perspectivas práticas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- COSTA-GRAVAS, Constantin. Filme de longa metragem: Seção Especial de Justiça. Direção: COSTA-GRAVAS, Constantin e Produção: CROSNIER, Gerard. Paris: Franco-italo-germânica Reggane Films, 1975.
- FARIA, Ernesto (org.). *Dicionário escolar latino-português*. 2 ed. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, 1956.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1978.
- GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 12, disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/afundacaodanorma.pdf>>, acesso em 01 de fevereiro de 2011.
- HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal vol. I tomo I: arts. 1 a 10*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.
- LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume I*, 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa, terceiro volume*. 3 ed., Lisboa: Livros Horizonte, 1977.
- MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa, quinto volume*. 3 ed., Lisboa: Livros Horizonte, 1977.
- MAIER, Júlio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho proecsl penal. Tomo I*. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal. Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SEM TERRA, João. *Magna Carta – the great chater*. Disponível em: <<http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/index.html#>> acesso em 18 de maio de 2008.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal 1º vol*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, vol. 1*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.