

A SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO E A EFICÁCIA DA LEI PENAL E PROCESSUAL PENAL

Ronaldo Passos Braga¹

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a vigência e eficácia da lei penal e da lei processual penal em razão da sucessão das normas no tempo, mormente no referente à aplicação das denominadas normas mistas. Analisa-se ainda, o problema da resolução do conflito de normas no tempo em consideração aos princípios da retroatividade e ultratividade benéficas e à teoria dos atos processuais independentes.

PALAVRAS CHAVE. Conceito, vigência, eficácia e revogação de leis. Norma penal e processual penal no tempo.

ÁREAS DE INTERESSE: Teoria Geral do Direito. Direito Penal. Direito Processual Penal.

1 INTRODUÇÃO: CONCEITO DE LEI

Legislação é o conjunto de normas positivadas e escritas que, por vezes, confunde-se com o próprio conceito de ordenamento jurídico.

O vocábulo lei apresenta diversos significados. Lei como mandamento divino. Lei da natureza. Lei das artes. Lei como produto da ciência do homem, criada para regulamentar a vida em sociedade. Lei formal. Lei material. Leis jurídicas.

Na definição de Santo Tomás de Aquino a lei é "uma ordenação da razão, promulgada, em mira do bem comum, por aquele que tem o encargo da comunidade" (Suma Theologica. II-II 90, 4).

Na plurisignificativade do conceito de lei podemos destacar uma definição de lei própria da Teoria Geral do Direito, outra própria da Teoria Geral do Estado e ainda, uma outra retratada pela Filosofia do Direito.

Perfunctoriamente podemos constatar que a Teoria do Direito trabalha com um conceito de lei atrelado à noção de sua fonte de juridicidade. É lei a norma de conduta imposta e legitimada pelo Estado que atenda a todos os requisitos de forma. Em entendimento diametralmente oposto Kelsen retira da validade da lei a condicionante da juridicidade: "A norma é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum" (KELSEN, 1996). Já a Teoria Geral do Estado estabelece a idéia de lei ressaltando a divisão das funções estatais, lei seria o "preceito comum e obrigatório, emanado do Poder Legislativo, no âmbito de sua competência" (NADER: 1993). Em dissonância com os critérios técnicos olvidados na definição do conceito de lei pela Teoria Geral do Direito e pela Teoria Geral do Estado, a Filosofia do Direito trabalha a identificação de lei vinculada à existência ou não de limites estabelecidos por um pretense Direito Natural.

Teríamos como gênero a norma jurídica e como espécies: Constituição Federal, lei complementar, lei ordinária e lei delegada. A lei em sentido amplo abrangeria qualquer regra jurídica, escrita ou não, lei propriamente dita, a medida provisória e os decretos, autônomos e regulamentares. A caracterização da lei adotando-se um critério restritivo, exclui os atos originários do Poder Executivo, como as medidas provisórias, restringindo-se aos comandos escritos provindos do Poder Legislativo. É nesse último sentido que será tratado o vocábulo lei quando mencionado no presente artigo.

Por conseguinte associando-se ao conceito de leis temos que a legislação penal se distingue da restante legislação pela especial consequência que a associa à infração penal (delito): a coerção penal, que consiste quase exclusivamente na pena (ZAFFARONI e PIERANGELI: 2009).

O castigo, ou sanção, que é associado pela lei às infrações ou violações do direito criminal (sejam quais forem as outras finalidades que a punição possa servir) destina-se a fornecer um motivo para a abstenção dessas actividades. Em todos estes aspectos, há pelo menos uma forte analogia entre o direito criminal e as suas sanções e as ordens gerias baseadas em ameaças do nosso modelo (HART:2001).

Já a lei processual penal refere-se as normas, regras e princípios que regulamentam a forma de composição do litígio penal, permitindo a aplicação do Direito Penal material ao caso concreto e consequentemente a realização do *ius puniendi*.

2. VIGÊNCIA, EFICÁCIA E REVOGAÇÃO DAS LEIS

A normatização da vigência da lei no ordenamento jurídico pátrio é regulamentada na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo primeiro² que estabelece uma condicionante para o início de sua vigência denominado *vacatio legis*. Desta feita, pelo sistema brasileiro, após promulgada, não havendo disposição legal em contrário, ou seja, não havendo cláusula de vigência expressa, aplica-se a regra supletiva, sendo que a lei só terá vigência após 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação. Define-se assim a *vacatio legis* como esse interregno de tempo entre a publicação da lei e sua vigência.

Esse interregno de tempo -*vacatio legis*- pode ser alterado, entendido ou reduzido (ex. "Esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial") ou até mesmo suprimido pelo legislador (ex. "Esta lei entra em vigor na data de sua publicação"), circunstância em que a lei terá eficácia imediata, segundo critérios políticos de conveniência, necessidade e oportunidade.

Diferentemente, na hipótese de admissão e aplicação da lei brasileira no estrangeiro, a *vacatio legis* será de 3 (três) meses³, oportunidade em que será considerada pelo direito internacional público e privado. Esclareça-se, que se para a lei nova for estabelecido no Brasil prazo para vigência superior há 3 meses e sendo omissos quanto ao tal prazo no exterior, aplica-se o prazo interno à vigência no estrangeiro, sob pena de flagrante interpretação *contrario sensu*.

Há ainda exceções à regra geral da *vacatio legis* no espaço de tempo de 45 (quarenta e cinco) dias positivadas no próprio texto constitucional: artigos 150, III, "b", e 196, §6º, CR/88.

A contagem do prazo para vigência da norma inclui a data da publicação e a data do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral, conforme diretrizes do parágrafo primeiro da Lei Complementar 95/98.

Após a iniciativa, discussão, elaboração, votação e aprovação do projeto lei pelo Poder Legislativo, resumidamente podemos apontar as seguintes fases condicionantes da vigência, eficácia e obrigatoriedade dessa lei, que são de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo:

1 sanção: é ato político que demonstra a adesão ou aquiescência do Poder Executivo ao projeto aprovado pelo Legislativo. Trata-se de uma prerrogativa assegurada a esses agentes políticos pelo ordenamento constitucional, a qual não comporta delegação. É por intermédio dela que o projeto se transforma em lei.

2 promulgação: a lei ainda não está em vigor, não é eficaz, entretanto nasceu para o ordenamento jurídico e, especificamente, no Direito Penal, poderá até produzir efeitos. JOSÉ AFONSO DA SILVA preleciona que "o ato de promulgação tem, assim, como conteúdo a presunção de que a lei promulgada é válida, executória e potencialmente obrigatória" (DA SILVA: 1992).

3 publicação: após a promulgação da lei, essa será publicada

para, em seguida, adquirir vigência no ordenamento jurídico. É com a publicação que a lei se torna conhecida e conseqüentemente poderá ser exigida seu cumprimento, decorrido a *vacatio legis*, salvo quando a lei dispuser acerca da vigência imediata. A publicação é o marco inicial a estabelecer o momento em que a lei deverá ser seguida por todos, ensejando verdadeira presunção de conhecimento que impossibilita a alegação de desconhecimento da mesma (LICC, art. 3º)⁴, cabendo quando muito, no Direito Penal a hipótese de erro de proibição, que difere-se da situação de ignorância da lei.

4 vigência: é quando a lei passa a ter obrigatoriedade, vinculando a todos indistintamente. Vigora, em regra, até sua revogação, seja parcial, derrogação, ou total, ab-rogação, salvo disposição expressa, como no caso de leis temporárias ou circunstanciais⁵, hipóteses de auto-revogação.

A lei pode trazer seu período de vigência de forma expressa, como por exemplo, a Lei Orçamentária, assim como pode ter seu período de vigência indeterminado, ou seja, uma vez vigente ela é válida até que outra lei posterior, de superior ou mesma hierarquia, a modifique ou revogue, não podendo revogá-la a jurisprudência, costume, regulamento, decreto, portaria e avisos, não prevalecendo nem mesmo na parte em que com ela conflitam (CARVALHO SANTOS: 1934)

A revogação pode ser expressa ou tácita. A revogação expressa sucede-se quando a lei nova determina especificamente a revogação total ou parcial da lei anterior. Será tácita quando a segunda lei regulamenta a matéria disciplinada na anterior, trazendo disposições incompatíveis ou inovadoras em relação à primeira lei, no entanto, não traz expressamente a revogação da primeira.

A revogação tácita se opera sob duas formas: a) quando a lei nova dispõe de maneira diferente sobre assunto contido em lei anterior, estabelecendo-se um conflito entre as duas ordenações. Este critério de revogação decorre do axioma *lex posterior derogat priori* (a lei posterior revoga a anterior); b) quando a lei nova disciplina inteiramente os assuntos abordados na lei anterior. É princípio de hermenêutica, porém, que a lei geral não revoga a de caráter especial (NADER:1996).

alça-se, que atualmente no nosso ordenamento jurídico, nos termos do disposto no artigo 9º da Lei Complementar 95/98⁶, conforme redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001, somente é admissível a possibilidade de revogação expressa, não cabendo falar-se em revogação tácita no caso de

incompatibilidade. Óbvio aqui, a possibilidade da adoção da lei mais nova em virtude da aplicação do princípio da temporalidade, haja vista o conflito aparente de normas estabelecido, no entanto, a norma antiga não será considerada extirpada do sistema legislativo, perdendo sua eficácia mas não sua vigência.

Conclui-se que a lei tem vigência em regra 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação, consagrando o princípio da publicidade e da informação, vigorando, em princípio, por tempo indeterminado. Frise-se, que a lei nova pode, dispor sobre o início e fim de sua vigência em discordância à regra geral determinando, por exemplo, vigência imediata e duração temporária, como no caso das leis excepcionais, temporárias ou circunstâncias, retro citadas.

3. O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI

O princípio da irretroatividade tanto se aplica ao julgador quanto ao legislador e esta é a regra, no silêncio da lei, entretanto poderá retroagir, se estiver expressa e não ferir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (DINIZ, 1994).

Cabe evidenciar que a Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 6º consagra tanto o princípio da imediata aplicação da lei cotejada pelo princípio da irretroatividade da mesma assim consignando: a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico, o direito adquirido e a coisa julgada. Tal norma é posteriormente homenageada no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, que erige o princípio da irretroatividade à condição de direito e garantia fundamental, não podendo ser suprimido do ordenamento jurídico nem mesmo por emenda constitucional.

Significa assim que apesar da determinação da vigência imediata da lei (immediate effectiveness of the law) sendo a mesma de aplicação obrigatória e vinculante para os fatos presentes e futuros, diversamente, a nova lei não será aplicada aos fatos passados, realizando-se verdadeira harmonização com o princípio constitucional da irretroatividade das normas, inerente ao próprio sistema de justiça condicionante das ordens democráticas. Vislumbra-se que na realidade o princípio da vigência imediata é apenas uma terminologia específica do princípio da irretroatividade da lei, cuja finalidade soberana é a consagração do princípio da segurança jurídica também denominado proteção da confiança ou da estabilidade das relações jurídicas.

Lado outro, há fatos jurídicos que apesar de realizados sob a égide de uma lei, terão seus efeitos estendidos/repercutidos à vigência de uma lei nova ou até mesmo só produzirão efeitos na vigência dessa segunda lei. E mais, há ainda hipóteses em que a lei nova retroagirá, alcançando fatos jurídicos realizados sob o arcabouço da lei anterior. Trata-se aqui, do fenômeno denominado

ora por "conflito de leis no tempo", ora por "sucessão de leis no tempo" e ora por "eficácia da lei no tempo", cuja solução é buscada no Direito Intertemporal através dos princípios da ultratividade e retroatividades *in bonam partem*. Justamente essa atuação da lei no tempo dá origem à teoria da retroatividade das leis. É a projeção da lei no passado, ou sobre fatos anteriores. Denomina-se também direito intertemporal.

Surge desse fenômeno da sucessão de lei no tempo a seguinte indagação: qual lei deverá ser aplicável à resolução do caso concreto? A lei da época da ação ou omissão que realizou o fato jurídico? A lei da época da consumação do fato jurídico? A lei vigente quando o ato realizou seus efeitos? Ou a lei quando do julgamento do fato?

A regra é a prevalência do princípio da irretroatividade, não tendo a lei efeitos pretéritos, só valendo para o futuro. Como mencionado visa primordialmente o referido princípio a segurança jurídica e conseqüentemente a segurança da sociedade, evitando-se o caos nas relações jurídicas fruto de uma instabilidade provocada por alterações repentinas da legislação ou das regras de um julgamento. Excepcionalmente, aplica-se o princípio da retroatividade, devendo as leis nesses casos serem também aplicadas àqueles fatos anteriores à sua vigência.

Segundo balizado ensinamento de PAULO NADER, fundado em escorreita cátedra de Vicente Ráo, temos a seguinte orientação.

Admite-se a retroatividade da lei: a) no Direito Penal, quando as disposições novas beneficiam réus na exclusão do caráter delituoso do ato ou no sentido de minorarem a penalidade; b) no tocante às leis interpretativas; c) quanto às leis abolutivas, que extinguem instituições sociais ou jurídicas, incompatíveis com o novo sentimento ético da sociedade. Por outro giro, admite-se o efeito imediato da nova lei: a) em relação às normas processuais; b) quanto às normas cogentes ou taxativas; c) quanto às normas de ordem pública (NADER, 1996).

Por derradeiro, consigna-se que restringiremos neste pequeno ensaio, à análise da sucessão de leis penais no tempo, sejam elas de direito material ou processual.

4. A SUCESSÃO DA LEI MATERIAL PENAL NO TEMPO

No concernente à aplicação da lei penal material no tempo vigora a regra da aplicação imediata da nova regra consagrando o princípio da irretroatividade da lei penal de caráter constitucional (CR/88, art. 5º, XXXIX⁷) que ampara-se no princípio da legalidade proibidor das denominadas leis *ex post facto*.

Prosseguindo no texto constitucional, precisamente em seu art. 5º, XL⁸, desponta-se uma exceção ao princípio da irretroativi-

vidade da lei penal que refere-se à hipótese da lei mais benigna, seja aquela editada antes do édito condenatório seja editada na fase da execução da pena. Realça-se que a legislação infraconstitucional inserta no artigo 2º, parágrafo único do Código Penal⁹ reproduz a mesma regra.

Lei penal mais benigna não é só a que descriminaliza ou a que estabelece um apena menor. Pode tratar-se da criação de uma nova causa de justificação, de uma nova causa de exclusão da culpabilidade, de uma causa impeditiva da operatividade da pena etc. (ZAFARONNI E PIERANGELI: 1999)

Deste modo, aplicar-se-á ao julgamento ou à execução da pena a norma que mais favorável for ao réu/executado, vigorando-se os princípios da ultra-atividade e retroatividade benéficas.

O efeito retroativo dado à lei penal mais benigna não significa um presente ao criminoso, pois constitui interesse do Estado. Se, na configuração dos delitos ou na cominação das penas, o Estado formula leis mais benignas, isto significa que as novas leis correspondem verdadeiramente às exigências da Justiça e as necessidades da vida social, devendo aplicar-se aos fatos praticados na vigência da lei anterior, que agora se considera inadequada (HIPPEL, 1925).

5. A SUCESSÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO

O legislador busca dirimir o conflito de normas no tempo, editando normas de transição para regulamentação da aplicação das novas regras em embate com as regras antigas. Não obstante, inexistindo disposição legal sobre o direito transitório, questiona-se se a nova lei processual penal pode ou não ter aplicação retroativa, mormente diante da natureza jurídica da versada norma processual.

5.1- Da aplicação imediata da lei processual penal

Partindo-se da premissa de que a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4657/42) é norma geral de aplicação ampla que estende-se por todos os ramos do ordenamento jurídico, figurando como verdadeira "lei de introdução às leis", como não poderia deixar de ser, é também ela que regula a vigência, eficácia, aplicação, revogação e sucessão das normas penais adjetivas e substantivas, no entanto, como será explicitado infra, quanto a esses dois ramos do Direito Penal e Processual Penal surgem especificidades, mormente quanto à ultratividade e retroatividade dessas leis.

Desborda-se da Lei de Introdução ao Código Civil, conforme sobredito, que a regra é à irretroatividade da lei nova, no entanto, tal regra deve ser interpretada com o prelecionado no artigo 5º, inciso XL, da CR/88, onde extrai-se o seguinte: "a lei penal

não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Conclui-se assim: as leis referentes ao Direito Penal aplicam-se aos fatos criminosos consumados após a sua vigência, devendo, entretanto, retroagir sempre, quando beneficiarem o acusado.

Situação dessemelhante sucede-se no caso da Lei Processual Penal. Aqui também, a lei terá eficácia imediata, regulando os fatos presentes e futuros, mas em princípio não será aplicado os princípios da retroatividade ou ultratividades benéficos do Direito Penal.

provee únicamente para el futuro, o sea, em orden a todos los procedimientos y a todos los actos procesuales que están aún por cumplirse em el momento em que entra em vigor, salvo las excepciones establecidas por la misma ley (MANZINI: 1951).

Esclareça-se: a norma de Direito Processual Penal não refere-se ao direito de punir do Estado, mas sim à forma para aplicação deste, conseqüentemente, no atinente ao direito intertemporal, não será aplicado os princípios benignos erigidos do inciso XL do artigo 5º da CR/88.

Deste modo, no concernente à norma processual penal no tempo, a lei terá aplicação imediata a partir de sua vigência, seguindo as diretrizes da Lei de Introdução ao Código Civil e do artigo 2º do Código de Processo Penal¹⁰, sendo adotado o princípio *tempus regit actum*, não cabendo se falar em retroatividade da mesma. Como corolário do referido princípio, derivam-se dois efeitos: a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior são considerados válidos; b) as normas processuais têm imediata aplicação, regulando o desenrolar restante do processo, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º e CPP, art. 2º).

A Teoria Geral do Processo apresenta três sistemas diferentes acerca de lei processual nova em processos já em andamento: o sistema da unidade processual; o sistema das fases processuais; e o sistema dos atos processuais. Vejamos.

5.2- Sistema da unidade processual e sucessão de leis no tempo. A norma processual penal tendo como destino o fato delituoso.

O processo como um todo unitário somente pode ser regulado por uma única lei. Isto porque, apesar de se desdobrar em uma série de atos diversos, o processo apresenta uma unidade.

Por conseguinte, deve-se aplicar a lei processual penal vigente à época da consumação do fato delituoso, sob pena de retroatividade da lei processual nova e prejuízo dos atos praticados anteriormente à sua vigência.

a lei penal que deve ser aplicada e a lei processual que efetivará a realização dessa norma penal aplicá-

vel constituem um todo que deve se manter idêntico desde a época do evento definido como delituoso. Essa perspectiva, conhecida como "sistema da unidade processual", coloca como referência a data do fato delituoso. Seus seguidores entendem que o processo é algo inseparável, incidível, destinando-se todos os atos processuais à realização do direito penal material e, por isso, deve aplicar-se a lei penal e a lei processual então vigente, até o julgamento final. Dentro dessa perspectiva, o processo deveria regular-se todo pela lei velha. Em decorrência dessa postura, a aplicação da norma processual nova a um processo em andamento ou a um processo a ser instaurado em virtude de evento ocorrido antes de sua vigência, significará aplicação retroativa da lei processual. Nessa linha de raciocínio, o processo deve ser regulado todo pela lei velha, que gozaria assim de ultratividade até o seu término, sob pena de nulidade (CORRÊA:2010).

5.3- Sistema das fases processuais e sucessão de leis no tempo. A norma processual tendo como destino a relação jurídico-processual.

Segundo os adeptos da teoria do sistema de fases processuais o processo é composto por uma série de atos independentes, podendo cada qual delas ser disciplinada por uma lei diferente. Assim, tendo a lei processual penal aplicação imediata, estando vigente, incidirá imediatamente a todas as fases processuais ainda não realizadas, preservando-se os atos já praticados sob a vigência da lei anterior.

a norma processual penal não tem como destinatário o fato delituoso, mas a relação jurídico-processual, a aplicação da lei processual penal nova pode ser imediata sem que se possa falar em aplicação retroativa, pois uma coisa é a relação jurídica de direito material penal, que desencadeia um ato punível e que, pelo princípio da reserva legal, tem de estar previamente tipificado, enquanto que outra é a relação jurídica processual, objeto de incidência das normas processuais penais (CORRÊA:2010).

5.4- Sistema do isolamento dos atos processuais. A norma processual é aplicada imediatamente.

A lei processual nova se aplicaria aos atos processuais ainda não praticados (independentemente da fase processual em que estejam tais atos), mas não se aplica a atos processuais já praticados, nem aos seus efeitos. O art. 2º do Código de Processo Penal consagra esse sistema.

Sem ignorar as fases processuais, considera que o processo constitui-se de uma sucessão de atos legalmente regulados e raciocina com a suposição de que a lei nova deve ser melhor do que a anterior, inclusive no assegurar com mais eficiência os direitos do acusado. Nesses termos, aplicar-se-á a lei velha ao ato processual em desdobramento, mas a lei nova aos atos processuais posteriores, independentemente da fase em que se encontrar. Trata-se do "sistema do isolamento dos atos processuais", segundo o qual não há falar nem em retroatividade nem em irretroatividade, mas em aplicação imediata da lei processual penal. Por isso é correto o entendimento de que as leis processuais penais novas tem eficácia atual e futura, não podendo afetar a atividade processual já definitivamente cumprida dentro do processo, nem as situações jurídico-processuais já adquiridas (CORRÊA:2010).

6. O PROBLEMA DA NORMA PROCESSUAL PENAL MISTA

A regra no sistema processual brasileiro é a aplicação imediata da norma genuinamente processual. Complexidade surge quando da existência da intitulada norma processual mista.

Uma corrente defende que sendo a norma de natureza processual penal sempre incidirá o preceito da aplicação imediata, ocupando-se a nova lei de todos os fatos processuais futuros à sua vigência. Antagonicamente, outra corrente, pugna pela adoção do princípio da benignidade e seu corolários retroatividade e ultra-atividade benéficos, referentes ao direito intertemporal penal, quando a norma processual penal tiver natureza mista. Observemos.

As normas processuais mistas (norma processual penal material) são aquelas cujo conteúdo é de natureza penal e processual penal concomitantemente. Versam tanto acerca da persecução penal *extra iudicio* ou *in iudicio* quanto ao direito de punir do Estado e à liberdade do indivíduo.

Apesar de estarem no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes durante a investigação policial ou durante o trâmite processual, têm forte conteúdo de Direito Penal. E referido conteúdo é extraído da sua inter-relação com as normas de direito material, isto é, são normalmente institutos mistos, previstos no Código de Processo Penal, mas também no Código Penal, tal como ocorre com a preempção, com o perdão, a renúncia, a decadência, entre outros (NUCCI:2008). Os preceitos que estabelecem a exigência de representação (querela) ou o caráter público da ação

penal, bem como os que fixam os prazos prescricionais, são de natureza processual apesar de constarem do Código Penal (MAURACH:2010).

Pelo esposado, desponta da citada segunda corrente, solidificada em doutrina pátria majoritária, que em razão da natureza híbrida da norma processual penal, prevalece o caráter material, e irrefutavelmente à essa serão aplicados os princípios da retroatividade e ultra-atividade *in mellius*, decorrentes do princípio da benignidade, ambos concernentes ao Direito Penal. Desta feita, sendo a lei posterior prejudicial ao acusado não retroagirá, diferentemente, se benéfica produzirá efeitos no passado.

Se uma norma processual penal tem "reflexos penais" ela deve se submeter aos princípios de temporalidade da lei penal, e não ao princípio do efeito imediato. Assim, tal norma estaria sujeita ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (ao investigado, ao réu ao condenado) ao princípio da ultra-atividade da lei mais benéfica e ao princípio da lei mais gravosa (FEITOZA:2010).

Apesar da maioria dos doutrinadores justificarem a retroatividade da norma processual penal mista considerando os princípios de direito processual intertemporal, entendemos, conforme lição apresentada pelo Professor Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Gilberto Niederauer Corrêa que a questão atrela-se muito mais às garantias constitucionais que ao direito intertemporal processual, sendo regulamentada pelo Direito Constitucional.

Quando a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XL, diz que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", está estabelecendo o princípio da irretroatividade das leis penais lato senso, abrangendo as normas do direito penal, do direito processual penal e do direito executivo penal (CORRÊA:2010)

Extrai-se do texto constitucional, mormente em face do artigo 5º, XL, da CR/88 que independentemente de se tratar de lei instrumental processual ou substantiva, tendo caráter penal, incidem as regras de retroatividade ou ultra-atividade *in mellius*, justificadoras de um estado democrático.

Assim, seja lei de direito penal ou processual penal, a vigência da norma é sempre imediata, aplicando-se o princípio da benignidade retroativa ou ultra-ativa quando favorável o réu, respeitando-se direitos fundamentais, especificamente o direito a liberdade e o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme garantias constitucionais.

As normas instrumentais-materiais são aquelas que tratam dos direitos, deveres, poderes e obrigações da partes. Quando, de acordo com norma instrumental-material já há uma situação jurídico-processual constituída, a aplicação imediata da lei nova poderia colidir com a norma constitucional do art. 5º, XXXVI, segundo a qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", gerando um agravamento dos direitos fundamentais do processado (CORRÊA:2010).

Exemplo esclarecedor, apesar de que não tem sido acatado pela jurisprudência nacional, é a hipótese de crime doloso contra a vida praticado antes da Lei que aboliu o denominado recurso de protesto por novo júri. Considerando que tal recurso possibilitava ao réu direito a um segundo julgamento toda vez que por um só crime doloso contra a vida fosse condenado há mais de 20 (vinte) anos de pena privativa de liberdade, configurando evidentemente norma processual penal mista haja vista que diretamente refere-se ao direito de punir do Estado, espraiam-se as seguintes situações.

1ª. O ato supostamente criminoso foi praticado quando ainda vigia a previsão legal acerca do protesto por novo júri, entretanto, ainda pende de primeiro julgamento. Pergunta-se: como houve revogação expressa do referido recurso, poderia, quando do julgamento do caso, ser interposto o recurso de protesto por novo júri sob a fundamentação de direito adquirido?

2ª. O ato foi julgado e ensejou recurso de protesto por novo júri que foi devidamente interposto quando ainda não havia operado sua revogação da legislação. Pergunta-se: considerando que a interposição do recurso foi fundamentada em legislação então vigente, fará jus a novo julgamento em razão de o ato jurídico perfeito já consolidado (interposição do recurso)?

3ª. O ato foi julgado e o réu condenado. Em seguida, interpôs recurso de protesto por novo júri haja vista previsão legal sendo absolvido da prática delitiva. Pergunta-se: a revogação da lei que garantia o protesto por novo júri implicará em nulidade da absolvição ou deverá ser respeitada a coisa julgada?

A resposta para todas essas perguntas deveria ser a mesma: respeita-se o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, aplicando-se o princípio da benignidade e ficando respeitados os direitos fundamentais do acusado, não podendo a lei nova prejudicar a situação processual já adquirida ou a atividade processual definitivamente prestada.

7. CONCLUSÃO

Note-se que nem a Constituição Federal e nem o Código de Processo Penal consagram o sistema da unidade processual, ga-

rantindo ao acusado o direito a um procedimento integral, segundo as normas vigentes à época do fato criminoso, sob a pretensa alegação de violação da idéia do devido processo legal. Pelo contrário, salvo disposição legal em contrário, no ao processo penal aplica-se o disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal, adotando-se a teoria dos atos processuais independentes e o princípio *tempus regit actum*, exceto nas hipóteses de violação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Até porque, qualquer interpretação contrária levaria à surreal situação da impossibilidade de se saber qual o procedimento a ser aplicado diante de sucessivas "alterações processuais materiais (ou mistas) contraditórias, por haver, simultaneamente, normas benéficas e prejudiciais ao acusado" (FEITOZA:2010).

Por derradeiro, conclui-se, que a questão relativa a retroatividade da norma processual penal é aferida de forma negativa, ou seja, sendo constatado que é lei nova é prejudicial ao direito de defesa do acusado e as garantias inerentes ao exercício do contraditório, independentemente de a norma ser caracterizada como processual mista e da aplicação do supracitado direito intertemporal, observa-se o preceito constitucional inserido no art. 5º, LV da CR/88 de modo amplo, não restringindo-se à lei penal substancial mas a toda e qualquer lei que verse direta ou indiretamente acerca do direito de punir do Estado (direito processual penal, direito carcerário, direito executório...), espalhando-se uma interpretação de direito e garantias por toda a legislação infraconstitucional.

8. REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. V.4. São Paulo, Ed. Loyola, 2005.

CARVALHO SANTOS, João Manuel. *Código Civil brasileiro interpretado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1934.

CORRÊA, Gilberto Niederauer. *A norma penal e a sucessão de leis no tempo*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=974>. Acessado em 25/04/2010.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª Ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, Saraiva, 1994.

FEITOZA, Denílson. *Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis*. 6ª ed. Impetus.

HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 3ª ed.

HIPPEL. Von. *"Deutsches Strafrecht", Allgemeine Grundlagen*, Berlim, 1925, vol. II, páginas 11 e segs. 1925.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

MANZINI, Vicenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE, 1951.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona. Ed Ariel, 1962.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 7ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V1. Parte Geral. São Paulo: RT, 2009, 8ª ed.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito. Professor no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.

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

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

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

5 LICC, art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

6 LC 95/98. Art. 9o. A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

7 CR, art. 5º XXXIX. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

8 CR, art. 5º, XL. A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

9 CP, art. 2º, PU. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

10 Código de Processo Penal, art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.