

- › Descategorizado
- › Direito
- › Direito Penal
- › Direito Processual Penal
- › Diversos
- › Filosofia
- › Links
- › Literatura
- › Política
- › Política criminal
- › Psicanálise
- › Religião
- › Saúde



NEWSLETTER

Nome

E-mail

Cadastrar

Retroatividade da lei processual penal e garantismo

📅 24 de outubro de 2007

Paulo Queiroz, Professor do UniCEUB, Procurador Regional da República, autor do livro Direito Penal, parte geral, 3ª edição, Saraiva, 2006.

Antonio Vieira (Professor de Dir. Processual Penal das Faculdades Jorge Amado/BA, Advogado – avieira@helbiopalmeira.adv.br)

Retroatividade da lei processual penal e garantismo

1. Da irretroatividade da lei processual antigarantista.

É corrente dizer-se que a lei processual, diferentemente da lei penal, tem aplicação imediata, podendo “retroagir”¹ mesmo em prejuízo do réu². Pensamos, no entanto, que a irretroatividade da “lei penal” deve também compreender, pelas mesmas razões, a lei processual penal, a despeito do que dispõe o art. 2º do Código de Processo Penal, que determina, como regra geral, a aplicação imediata da norma, vez que deve ser (re) interpretado à luz da Constituição Federal³. Portanto, sempre que a nova lei processual for prejudicial ao réu, 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 vigor; afinal, também aqui – é dizer, não apenas na incriminação de condutas, mas também na forma e na organização do processo –, a lei deve cumprir sua função de garantia⁴, de sorte que, por norma processual menos benéfica, se há de entender toda disposição normativa que importe em diminuição de garantias, e, por mais benéfica, a que implique o contrário: aumento de garantias processuais.

E assim deve ser, inclusive por força da crescente utilização do direito processual penal – sismógrafo da Constituição do Estado⁵ – como instrumento de uma política criminal efficientista, que, a pretexto de maximizar o controle da criminalidade, vem de minimizar garantias. Afinal, mais até do que o próprio direito penal e suas sanções, o processo – já contaminado de conteúdo material e por vezes almejando fins próprios da pena – passou a ser o braço armado do Estado por excelência, vez que é por meio de intervenções processuais que ordinariamente se dá a primeira ‘resposta efetiva’ à prática do crime, quase sempre via prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública⁶.

E se a realidade desvela a utilização do processo como instrumento de uma política criminal dirigida ao recrudescimento do sistema penal, também por essa razão se há de estender às normas processuais a irretroatividade da lei penal mais severa, até porque, como assinala BINDER, quer se trate de normas materiais, quer de normas formais, sempre haverá o interesse comum de limitar o arbítrio do Estado no exercício do poder punitivo, excesso que pode se dar tanto “pela manipulação na configuração de delitos como – muito mais ainda – pela forma como está estruturado o processo”⁷.

Exemplos disso – uso do processo penal em favor de uma política criminal efficientista – são as disposições processuais relativas à prisão e liberdade provisórias inseridas na Lei de crimes hediondos (8.072/90), a proibição de apelar em liberdade da Lei de Crimes Organizados (9.034/95), a aplicação do art. 366 do CPP esboçada pela Lei de Lavagem de Capitais (9.613/98)⁸ – reveladora da existência de um “processo penal do inimigo”, porquanto pautada numa idéia de que “os acusados pelos delitos de lavagem não constituem parcela da população brasileira que mereça a proteção do Estado, tal como assegurada pela norma de suspensão”⁹ – e, ainda, o Projeto de Lei 282/2003, em trâmite no Senado

Federal, que pretende que acusados de crime organizado ou tráfico de drogas tenham suas defesas patrocinadas exclusivamente pela Defensoria Pública, salvo quando comprovem, mediante declaração de imposto de renda, possuir recursos lícitos para constituir advogado de sua confiança, tudo a demonstrar quão imperiosa é a necessidade de conferir também à lei processual a garantia de irretroatividade lei mais gravosa.

Cumpra notar, por último, que nem sempre é fácil distinguir norma penal de norma processual penal, não sendo infrequentes confusões no particular, a exemplo do que sucedeu com o STJ, que, contraditoriamente, já considerou ser a vedação da liberdade provisória da Lei de Crimes Hediondos norma processual (pelo que teria aplicação imediata)¹⁰, e norma penal (entendendo não poder incidir em processos por crime perpetrado antes da Lei 8.072/90)¹¹.

É bem verdade que parte da doutrina procura sanar os inconvenientes da aplicação imediata da norma processual antigarantista desviando o foco para a questão da constitucionalidade, como faz TOURINHO FILHO, argumentando que “se a lei processual penal coarctar a Defesa, suprimindo, por exemplo, recurso, proibindo-lhe esta ou aquela prova, obstaculizando, enfim, aquela ampla defesa a que se refere a Lei da Leis, é óbvio que tal norma não poderá ter aplicação. Não pelo fato de ser severa, que seria irrelevante, mas pela circunstância de ser supinamente inconstitucional”¹². E há ainda quem, por diferentes fundamentos, ressalve da regra da aplicação imediata apenas as normas processuais que disponham sobre a liberdade pessoal do acusado¹³, atribuindo efeitos perenes ao disposto no art. 2º da LICPP.

Em ambos os casos, no entanto, resolve-se de modo apenas parcial, e, pois, insatisfatoriamente, os problemas aqui indicados. Primeiro, porque nem toda inconstitucionalidade é assim declarada pelos tribunais¹⁴; segundo, porque nem toda alteração processual que relativize garantias é necessariamente inconstitucional, a exemplo de norma que amplie para 70 dias o prazo de duração da prisão temporária; que, em “homenagem” à soberania dos veredictos, torne irrecorríveis as decisões do Tribunal do Júri, quando o fundamento for a sua manifesta contrariedade à prova dos autos; que revogue o art. 336 do CPP, revigorando a possibilidade de ser o réu processado mesmo em sua ausência¹⁵; ou ainda, revogue o art. 188 do CPP, com nova redação dada pela Lei 10.792/2003, subtraindo a possibilidade de a acusação e defesa formularem perguntas no interrogatório¹⁶ etc.; terceiro, porque, conforme se infere dos três últimos exemplos, os problemas atinentes às normas processuais antigarantistas não são exclusivos da prisão provisória.

Por tudo isso é que não se pode prescindir da irretroatividade da lei processual mais gravosa sempre que haja alteração político-criminal do processo em desfavor do acusado. No particular, é de todo irrelevante, portanto, a mui recorrente distinção entre lei penal e lei 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 noutro (processual). Dito de outro modo: no que toca ao tema da retroatividade da lei, o que importa, numa perspectiva garantista, não é a natureza jurídica da norma – se penal, se processual penal –, mas o grau de garantismo que encerra. Afinal, tanto a infração penal quanto o modo de comprovação de sua existência e aplicação da pena têm de vir previstos antes do fato que motivou a intervenção jurídico-penal, a fim de que o cidadão saiba claramente o que deve e o que não deve fazer, como também o que será sancionado, quais são as limitações do juiz e quais são suas garantias no processo penal¹⁷. Ou seja: as “regras do jogo” não devem ser conhecidas antes mesmo de seu início, as quais não poderão, por isso, ser modificadas depois de iniciado, salvo, obviamente, para favorecer o réu.

2. Da retroatividade da lei processual mais garantista/benéfica.

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. Neste exato sentido, ressalta BINDER, tendo como premissa um modelo processual onde seja vedado ao réu consultar seu advogado antes de ser interrogado e a entrada em vigor durante o processo de norma que lhe assegure tal prerrogativa, que “esse acusado teria direito à renovação do ato já realizado para completá-lo de acordo com as novas normas, que dão maiores garantias. E seria o segundo depoimento – não o primeiro – que teria valor.”¹⁸

Assim deveria também ocorrer com os processos ainda não sentenciados¹⁹, por exemplo, quando da entrada em vigor da Lei 10.792/2003, que ajustou o procedimento do interrogatório ao sistema constitucional, exigindo a presença do defensor, assegurando a entrevista prévia entre este e o

acusado, permitindo as repreguntas etc., impondo-se a renovação do ato, mesmo que praticado em consonância com o modelo vigente à época de sua realização²⁰.

3. Da aplicação imediata das normas “neutras”. Das normas de conteúdo misto.

Tratando-se de normas meramente procedimentais que não impliquem aumento ou diminuição de garantias, como sói ocorrer com regras que alteram tão-só o processamento dos recursos, a forma de expedição ou cumprimento de cartas rogatórias etc. -, terão aplicação imediata (CPP, art. 2º), incidindo a regra geral, porquanto deverão alcançar o processo no estado em que se encontra e respeitar os atos validamente praticados.

Finalmente, cuidando-se de normas de conteúdo misto – em parte favorável ao réu e em parte não – vale a mesma disciplina destinada à irretroatividade da lei penal, sendo também admitida a combinação entre as normas, desde que não sejam incompatíveis, de modo a assegurar a irretroatividade de normas mais severas e permitir a retroatividade das mais favoráveis. Assim, diante de norma processual que limitasse a decretação da prisão temporária aos réus acusados de integrar organização criminosa e, de outro lado, ampliasse seu prazo de duração, cumpriria aplicar imediatamente a primeira parte (pondo em liberdade todos os presos temporários não relacionados com o crime organizado) e irretroativamente a segunda (é dizer, havendo ultra-atividade da lei anterior).

Mas não sendo isso possível, em razão do caráter unitário da alteração levada a efeito, a eleição da norma aplicável ao caso deverá ter em conta o significado político-criminal prevalescente da reforma para os interesses concretos do acusado. Exemplo disso, foi dado pela Lei 9.271/96, que modificou a redação do art. 366 do Código de Processo, haja vista que, enquanto a parte relativa à suspensão do processo é favorável ao réu, por implicar aumento de garantia, a parte alusiva à suspensão do prazo de prescrição lhe era prejudicial, pois antes a prescrição corria normalmente. Num tal caso, a combinação de normas é impossível, vez que a suspensão do prazo prescricional pressupõe, logicamente, a suspensão do processo. Daí ter decidido o STF, corretamente, que a reforma introduzida pela Lei 9.271/96 era irretroativa, pois no todo era nociva aos interesses do acusado.

4. Irretroatividade das normas de execução penal

O mesmo se deve dizer, evidentemente, quanto à lei de execução penal, porque também aqui se trata de preservar o caráter garantidor do princípio da legalidade em seus vários momentos de concretização (cominação, investigação/aplicação e execução da pena), de modo que sempre que as modificações forem prejudiciais ao sentenciado não poderão retroagir, só incidindo, em consequência, sobre a execução penal relativa às condenações por crimes consumados após a sua entrada em vigor. Assim há de suceder com a Lei 10.792/2003, que, alterando a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), introduziu (art. 52) o regime disciplinar diferenciado²¹.

Como é sabido, por meio dessa alteração legislativa, instituiu-se a possibilidade de endurecer o cumprimento da pena ou as condições do preso provisório, sujeitando-os a condições extremamente penosas²². Com efeito, havendo em tais casos evidente alteração na orientação político-criminal que antes norteava a situação do preso, provisório ou definitivo, é de se reconhecer, por tudo que já foi dito, que tal regime, caso não seja declarada sua inconstitucionalidade, somente poderá ser imposto àqueles que cometeram delito – não só o delito constitutivo da falta grave, como também o que for objeto da sentença condenatória – posteriormente à sua entrada em vigor, e não antes, sob pena de violação do princípio da legalidade da pena.

Aliás, aqui, mais do que no processo de conhecimento, importa respeitar o aludido princípio, pois é na execução penal em que se verifica, ordinariamente, o maior déficit de proteção jurídica (menor grau de garantismo), tal é a relativização ou inexistência mesma das garantias (contraditório, defesa técnica por advogado etc.) que o informam. E onde há maior vulnerabilidade, maiores devem ser os níveis de tutela legal (maior grau de garantismo), conforme o princípio da proporcionalidade.

¹ Apesar da crítica, difundida na doutrina, sobre a inadequação da expressão *irretroatividade*, uma vez que as normas processuais somente proveriam para o futuro, seu uso não é de todo descabido quando se tem em perspectiva o tempo em que fora praticado o delito, razão de ser de uma determinada relação processual penal.

² Assim, MANZINI: “No hay que confundir los problemas de derecho transitorio procesal penal con los de derecho transitorio penal material. (...) La ley procesal penal no contempla los delitos, esto es, no ‘dispone’ acerca de ellos: es natural, por tanto, que las incriminaciones establecidas por la ley penal material, no puedan considerarse objeto de disposición pasada o presente de la ley procesal.

*Esta provee unicamente para el futuro ...” (Tratado de Derecho Procesal Penal – Tomo I. Buenos Aires: 1951, p. 228/230). Semelhantemente, FREDERICO MARQUES: “Nada mais condenável que esse alargamento da lei penal mais branda, porquanto invade os domínios do direito processual, em que vigoram diretrizes diversas no tocante às normas intertemporais. Direito Penal é Direito Penal, e processo é processo. Um disciplina a relação material consubstanciada no *jus puniendi*, e outro a relação instrumental” (Tratado, v. 1., p. 258). E TOURINHO FILHO, que conclui: “entrando em vigor nova lei processual penal hoje, ela terá aplicação mesmo aos processos que estejam em curso, pouco importando sua severidade ou brandura” (*Processo Penal*, v.1. São Paulo: Saraiva, 21ª ed., 1999, p. 114).*

3 No sentido do texto, JAKOBS: “*el principio de legalidad, y con él la prohibición de retroactividad, debe llegar hasta allí donde sea necesaria la garantía de objetividad (...). Desde luego, las reglas procesales especiales para delitos concretos no se podrán introducir retroactivamente. Así, no tendrá efectos retroactivos la ampliación del catálogo de hechos que dan lugar a prisión preventiva de los §§ 112.3 y 112 a, párrafo 1, StPO (en otro sentido, la doctrina dominante)*” (*Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 115).

4 BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 95.

5 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p.10.

6 Não sem razão, Perfecto Andrés IBÁÑEZ – versando sobre as prisões cautelares – pondera que “*La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización – en general bastante generosa – del instrumento que nos ocupa. En efecto, el tópic, sin duda fundado, de que el proceso tiene una inevitable dimensión penalizadora, ha tenido que ser revisado al alza, a la luz de los datos de que se dispone, en el sentido sugerido por Nobili: “hoy asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación, de manera pronta y ejemplar, dentro del juicio penal... Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada ecuación carneltuttiana” Y en esta transfiguración la prisión provisional desempeña un papel nuclear.*” (*Presuncion de inocencia y prision sin condena*. Disponível na Internet em: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/ibanez13.htm>, acesso em 02.07.2004.

7 *Ob. cit.*, p. 96. A tudo isto, acrescente-se que a experiência demonstra já não ser mais aceitável crer, como fazia MANZINI, que é tarefa do Estado disciplinar como melhor lhe pareça a administração da justiça, devendo se presumir que a lei nova seja melhor que a anterior, não apenas para o interesse coletivo, mas também, em um Estado livre, para os interesses individuais por ele reconhecidos e protegidos (*Ob. cit.*, p. 231).

8 Sendo válido notar que já tramita na Câmara do Deputados o Projeto de Lei nº 3.563/04, cuja proposta, mediante revogação do §2º do art. 2º, da Lei 9.613/98, é de restabelecer a aplicação integral da norma prevista no Código de Processo.

9 MELO QUEIROZ, Daniela Zarzar Pereira. “*O art. 366 do código de processo penal não se aplica à lei de lavagem de dinheiro – uma análise sistemática e compatibilizadora do art. 2º, § 2º, com o art. 4º, § 3º, da lei 9.613/98.*”, disponível na Internet em: http://www.fesmpdft.org.br/revistas/19_03.pdf, acesso em 30.05.2004.

10 HC 2086/PE, Rel. Min. Assis Toledo, 5ª Turma, j. em 18.10.93, DJ 08.11.93, p. 23569.

11 HC 22490/PI, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. em 22.10.2002, DJ 03.02.2003, p. 329.

12 *Ob. cit.*, p. 114.

13 Veja-se, a este respeito, Guilherme NUCCI, para quem estas seriam normas de direito processual penal materiais, já que não teria “cabimento se falar em *prisão cautelar* totalmente dissociada do contexto de direito material” (*Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2004, 62/63).

14 Tome-se como exemplo a estipulação de espécie de prisão cautelar obrigatória pelo art. 2º, II, da Lei 8.072/90, aplicável aos presos em flagrante delito pela prática de crime hediondo.

15 Como, aliás, sucedia – mesmo depois da CF/88 – antes da Lei 9.271/96.

16 Hipóteses outras ainda são citadas por BINDER (*ob. cit.*, p. 97/98).

17 BINDER, *idem*, *ob. cit.*, p. 99.

18 *Idem*, p. 98/99.

19 Releva notar que a fase processual aqui mencionada e fixada como limite para a renovação do ato é meramente exemplificativa, nada impedindo que o marco fosse o encerramento da instrução, ou mesmo, para ser ainda mais garantista, o trânsito em julgado da sentença penal.


20 Ressalte-se que, neste e em outros tantos casos, o próprio legislador estava autorizado e deveria ter criado regras especiais de aplicação da lei no tempo, mesmo porque o critério do *tempus regit actum* é apenas uma regra geral, nada obstando que a lei posterior discipline sua aplicação no tempo de modo diverso, aumentando o grau de garantia.

21 Dispõe o referido art. 52 que, uma vez incluso no regime diferenciado, o preso será recolhido “em cela individual” (inciso II), com “direito à saída da cela por 2 horas diárias par banho de sol” (inciso IV), de modo que o poderá ficar isolado por 22 horas diárias, tendo ainda a visita semanal limitada na cota de apenas duas pessoas, excluídas as crianças (inciso III).

22 De tal modo, foi criado o RDD abrangendo os presos provisórios ou condenados, que sejam nacionais e que pratiquem crime doloso (causando subversão da ordem ou disciplina internas – art. 52, *caput*) ou que sejam fundadamente suspeitos de integrar organização criminosa ou quadrilha/bando (art. 52, §2º), bem como os que, nacionais ou estrangeiros, apresentem alto risco à segurança da unidade prisional ou à ordem pública (art. 52, §1º).

 Direito Processual Penal

Número de Visitas 697

 Para além da filosofia do castigo

Inconstitucionalidade das medidas de segurança?



3 Comentários