
**A SUCESSÃO INTERTEMPORAL DE LEIS PROCESSUAIS PENAIS COM
CONTEÚDO MATERIAL: Critérios de Distinção e a Retroatividade Benéfica na Lei nº
13.964/19**

Intertemporal Succession of Criminal Procedural Laws with Substantive Content: Criteria of
Distinction and Beneficial Retroactivity in Law 13.964/19

Jordânia Rafaelly de Oliveira Pilati¹
Curitiba/Paraná
jpilati.adv@gmail.com

RESUMO: O presente artigo analisa a sucessão intertemporal de leis no direito penal e no processo penal, rechaçando a tese de unificação genérica de seus critérios de aplicação no tempo. A partir da separação funcional e teleológica das regras de cada campo, estabelece parâmetros dogmáticos para a identificação de normas mistas e de normas processuais penais com conteúdo material. Conclui que tais normas intermediárias, por afetarem diretamente a liberdade e as garantias do imputado, submetem-se à regra da retroatividade benéfica (*lex mitior*), fundamentada no princípio da isonomia. Por fim, aplica essa racionalidade aos institutos introduzidos pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime): o Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A do CPP) e a exigência de representação da vítima na ação penal por estelionato (art. 171, § 5º, do CP).

Palavras-chave: Sucessão de leis no tempo. Normas processuais com conteúdo material. *Lex mitior*. Pacote Anticrime. Acordo de não persecução penal. Estelionato.

ABSTRACT: This article analyzes the intertemporal succession of laws in criminal law and criminal procedure, rejecting the thesis of a generic unification of their temporal application criteria. Based on the functional and teleological separation of the rules in each field, it establishes dogmatic parameters for identifying hybrid (mixed) rules and criminal procedural rules with substantive content. It concludes that such intermediate rules, directly affecting the defendant's freedom and guarantees, are subject to the rule of beneficial retroactivity (*lex mitior*), grounded in the principle of equality. Finally, it applies this rationale to two institutes introduced by Law No. 13.964/2019 (Anti-Crime Package): the Non-Prosecution Agreement (Article 28-A of the Code of Criminal Procedure) and the victim's representation requirement for criminal prosecution in fraud cases (Article 171, § 5, of the Criminal Code).

Keywords: Temporal succession of laws. Procedural rules with substantive content. *Lex mitior*. Anti-Crime Package. Non-prosecution agreement. Fraud.

* **Editora Responsável:** Suellem Aparecida Urnauer. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2628458988920263>.

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – UNIFAAHF. Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil – ATAME. Pós-graduação em Ministério Público - Estado Democrático de Direito – UNIBRASIL. Pós-graduanda em Defensoria Pública. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 NOTA INICIAL COMPARATIVA SOBRE A SUCESSÃO TEMPORAL DE LEIS NO CP E NO CPP; 2 CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DAS REGRAS EPNAIS E PROCESSUAIS PENAI; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Conquanto tradicional, o tema da sucessão de leis processuais penais no tempo continua a lançar dificuldades, tanto para os atores jurídicos como para a doutrina, em determinados campos de sua casuística. Dentre eles, avultam as situações em que a nova regra jurídica contempla aspectos não só processuais, mas de direito penal material. Nestes casos, os critérios para resolver a sucessão temporal de leis processuais e penais ora são indevidamente mesclados, ora empregados uns em lugar de outros. Para ajustar o tratamento destas situações, é preciso identificar a natureza da regra trazida pela lei nova: penal, processual penal com conteúdo processual, processual penal com conteúdo material, mista. Depois, faz-se a incidência do art. 2º do CP ou art. 2º do CPP, conforme seja. Amostras da dificuldade de manejo do tema foram renovadas recentemente, a partir de algumas das novas regras introduzidas pela Lei 13.964/19 (conhecida como “Pacote Anticrime”). Destacam-se as regras atinentes ao acordo de não persecução penal (artigo 28-A, do Código de Processo Penal) e à mudança da ação penal no crime de estelionato, que deixou de ser pública incondicionada, para ser condicionada à representação da vítima. Para compreender a natureza dessas regras do Pacote Anticrime, então, é preciso retomar algumas compreensões a respeito da diferenciação entre regras de direito penal e de processo penal, estabelecendo os critérios para identificação das regras intermediárias (isto é, mistas, ou mesmo aquelas processuais com conteúdo material, acima mencionadas). Num país que promove constantemente mudanças legislativas, o intérprete é exigido a dizer como ficam os processos em curso com a nova lei. Se não souber identificar a natureza da regra, acaba errando na interpretação de sucessão de leis no tempo, já que os critérios, dados pela lei brasileira em vigor, para interpretar uma regra de processo penal, são diferentes dos critérios para interpretar uma regra de direito penal material.

A proposta deste artigo, então, é de procurar organizar um pouco os conceitos e os critérios sugeridos, testar alguns deles e verificar quais são os mais adequados à realidade legislativa brasileira, estabelecendo parâmetros mais claros de diferenciação. Não se tratará aqui da doutrina mais tradicional³ que considera que as regras de processo penal jamais possuem conteúdo material. Essa interpretação está absolutamente descompassada com o entendimento predominante⁴ e com a severidade de algumas regras processuais com conteúdo material que merecem um tratamento equivalente ao direito penal material em tema de sucessão de leis no tempo. A questão é saber qual critério se utilizará para dizer quando se está diante de uma regra dessa natureza. Esse é o ponto que merece urgente uniformização teórica e jurisprudencial.

1 NOTA INICIAL COMPARATIVA SOBRE A SUCESSÃO TEMPORAL DE LEIS NO CP E NO CPP.

É de conhecimento geral que o art. 5º, XL, CR, replicado no art. 2º, caput, CP, define a irretroatividade da lei penal como regra. Para cada crime praticado, vale a lei que vigorava quando da respectiva prática – *tempus regit actum*². A irretroatividade da lei penal mais gravosa se funda na segurança jurídica necessária para que as pessoas conduzam seus comportamentos sociais sem serem surpreendidas pelo poder-dever punitivo estatal. A irretroatividade da lei penal é um braço de operação do princípio da reserva legal, voltado à máxima de orientar cada um ao que pode e não pode fazer, bem como a saber o que acontece se fizer o que não pode³. Neste sentido, serve à realização de parte da função de garantia⁴ que a lei penal cumpre em favor do cidadão, pela vertente do *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Excepcionalmente, poderá a lei penal retroagir nos casos em que seja mais benéfica para o cidadão (*lex mitior*), quando comparada ao regime que vigorava quando da prática do delito (cuja data é definida pela atividade delitiva, *ex vi* art. 4º, CP). Abre-se, então, a possibilidade de se usar, para um crime, lei que não vigorava ao seu tempo. São duas as exigências para tanto: a) que a lei seja posterior à ação criminosa; b) que

² Sobre a transposição desse brocardo para o processo penal, notadamente para a explicação da imediatidade e irretroatividade, vide MAZZA, Oliviero. *La Norma Processuale Penale nel Tempo*. Trattato di Procedura Penale, volume 1 (diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena), Milano: Giuffrè, 1999, pp. 117 e ss.

³ JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principios constitucionales y derecho penal moderno*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 24.

⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 22.

seja melhor para o sujeito ativo do delito, quando comparada à lei vigente quando da ação. Repare-se que a retroatividade da lei, neste caso, não promove insegurança jurídica para o cidadão, eis que – grosso modo – amplia seu campo de liberdade. Por isso, não há colisão com o princípio da reserva legal. Cuide-se, porém, que este não é o fundamento da retroatividade da lei melhor. Com efeito, o princípio da reserva legal não obsta a retroação da *lex mitior*, porém não lhe dá fundamento. Qual é o motivo pelo qual a lei posterior mais benéfica retroage? Muitos não refletem sobre este ponto. Simplesmente cumprem os preceitos normativos correlatos, em modo automático. Mas se trata de ponto crucial: nele, habita a chave que abre a compreensão necessária para a solução de situações em zonas cinzentas. A *ratio* da retroatividade da lei mais benéfica radica no princípio da igualdade – inclusive em seu esteio constitucional (art. 5º, I). A meta é produzir isonomia de tratamento⁵. No âmbito do C. STF, o fundamento tem sido empregado em votos do Min. LUIZ FUX, v.g. STF HC 119067 MC/PR – PARANÁ, MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS, Julgamento: 28/08/2013:

“O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa. A lei, expressão da democracia e garante das liberdades individuais, não pode ter a sua incidência manietada quando se trata de favorecer os direitos fundamentais, sendo esse o caso da *novatio legis in melius*.

De fato, quando os sistemas de representação popular legislativa minoram as consequências de uma infração penal, através de *novatio legis in melius*, ou as extirpam do universo jurídico-penal, através de *abolitio criminis*, fazem-no de modo a traduzir uma nova percepção do abalo ou impacto provocado pelo comportamento

⁵ Assim, NAPPI, Aniello. *Manuale di Diritto Penale*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 43, aludindo ainda ao fato de que é justamente da isonomia que arrancam os limites da retroatividade da lei mais favorável; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. 3a ed. Padova: Cedam, 1996, pp. 118-119; FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte Generale*. 3a. ed. Bologna: Zanichelli, 1995, reimp. 2001, p. 74; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 115; mencionando razões de equidade ou igualdade de tratamento, somadas à razões humanitárias e de liberdade, REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 8a. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 184. Anote-se que é comum o apelo a outros fundamentos, não excludentes do adotado, como razões de justiça (a nosso juízo, vazio de fundamento: é preciso haver um porquê) ou um princípio geral de liberdade (v.g., COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 85).

ilícito no tecido social⁶⁷. Ora, tem-se a cristalização de um olhar social sobre o fato que o reputa merecedor de respostas mais brandas. Ora, de que a resposta nem seja penal.

Quando passa a haver um abrandamento no tratamento penal de todos os praticantes de uma dada conduta típica, ou mesmo sua extirpação do horizonte penal, os que a praticaram pouco antes, ainda aguardando resposta penal ou já sob execução de sentença, devem ser contemplados com o novo olhar, mais tênue em efeitos, dirigido à generalidade das pessoas. Não teria sentido tratar com mais gravame uns poucos, que praticaram o fato antes da transição de tratamento legislativo, e com mais brandura os demais. Afinal, a nova lei consolida uma modificação do olhar social acerca da magnitude de lesão provocada pelo comportamento, comunicado mediante a novel resposta havida como proporcional. Se proporcional, em tese, para todos os praticantes, aqueles que realizaram o evento sob a regência do regime jurídico derogado não podem por ele serem atingidos. Acaso fossem, constituiriam um grupo tratado sem isonomia em relação aos hodiernos praticantes da conduta, com um gravame não mais havido como necessário à resposta penal reputada suficiente à prevenção e repressão da espécie delitiva (observados, aqui, os postulados pluralistas de teorias da pena adotados no art. 59, caput, CP).

A título de exemplo: quando a Lei 11.106/05 derogou o art. 240, CP, que previa o crime de adultério, o legislador cristalizou uma mutação na percepção do tecido social sobre o fato.¹¹ A partir dali o Congresso reconheceu que – para a generalidade das pessoas –, o ilícito poderia ter repercussões extrapenais, de caráter civil, porém não de traço penal. A *abolitio criminis* consolidou na lei a própria modificação do juízo de censura social acerca do evento num horizonte de relações afetivas mais fluidas, menos marcado por uma moral familiar tradicional. Dali em diante, ninguém mais (novos ou antigos praticantes da conduta) pôde ser atingido por

⁶ REGIS PRADO, Luiz. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1. 8a. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 184.

⁷ Sob um puro olhar deontológico, é o anverso da ideia de que a racionalidade ética da criminalização primária de uma conduta radica no seu caráter “danoso desde a perspectiva dos interesses gerais, e não desde interesses exclusivos de certos grupos sociais”, cf. Díez RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Madrid: Trotta, 2003, p. 144. Sem embargo, somos sabedores de que, entre o ideal deontológico da democracia representativa e as práticas reais de mudanças legislativas, vai um abismo. Basta rememorar a madrugada em que as Dez Medidas de Combate à Corrupção, e viadas ao Congresso por mecanismo de iniciativa popular, foram desfiguradas. Como referências, os Portais da Folha de São Paulo e G1 Globo: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1836979-na-madrugada-camara-fulmina-pacote-anticorruptao-do-ministerio-publico.shtml> e <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/camara-dos-deputados-conclui-votacao-de-medidas-contra-corruptao.html>.

sanção penal derivada da prática de adultério. Não teria sentido manter excepcionalmente a execução penal de alguns que cumpriam pena, ou dar continuidade às ações penais privadas movidas à altura contra adúlteros, quando para ninguém, em tese, caberia resposta estatal similar. Enfim, trata-se de clara manifestação do princípio da isonomia.

É evidente que não se atingem aqueles quanto aos quais a consequência penal já produziu a integralidade dos seus efeitos – pessoas que já executaram as penas, sob o regime mais gravoso. Porém, no mais, todos devem ser alcançados pelo olhar mais benévolo, em corolário da ideia de igualdade ou isonomia de tratamento.

Diferente do fundamento da retroatividade da lei penal material mais benéfica, que é a igualdade de tratamento a comportamentos (atos voluntários) lícitos ou ilícitos, o processo penal não regula comportamentos nessa chave psicológica. Os atos processuais não exigem e não são valorados a título de “dolo” ou “culpa”. O direito processual penal regula atos processuais, isto é, estabelece rituais, prescreve as formas, as maneiras pelas quais se promoverá a verificação de “se” e “como” um comportamento de alguém – ali considerado em tese como criminoso – foi realizado no passado. Alguns atos processuais até podem exigir uma voluntariedade dos atores envolvidos em sua realização, mas não necessariamente. Como recorda Oliviero Mazza:

“(...) as operações com as quais vem realizada uma notificação, uma prisão, uma busca e apreensão, uma interceptação de comunicação telefônica, são consideradas válidas, se realizadas conforme o modelo normativo, mesmo que o encarregado tenha agido em estado de inconsciência”.⁸

Assim, o que os atos processuais têm em comum é que eles são “atos físicos causados pelo homem segundo um modo de proceder estabelecido pelas regras”⁹. No mesmo sentido, a lição de Franco Cordero em seu *Procedura penale*¹⁰:

“As notificações têm uma história legal. No modelo que se segue conta apenas o aspecto formal. O legislador impõe determinadas formas, sob o pressuposto estatístico que garantam bons êxitos cognitivos, mas no caso concreto não importa o evento mental. (...) Os sistemas positivos impõem mecanismos formais: o processo não é subordinado a

⁸ MAZZA, Oliviero. La Norma Processuale Penale nel Tempo. Trattato di Procedura Penale, volume 1 (diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena), Milano: Giuffrè, 1999, p. 13, tradução nossa.

⁹ MAZZA, Oliviero. La Norma Processuale Penale nel Tempo. Trattato di Procedura Penale, volume 1 (diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena), Milano: Giuffrè, 1999, p. 14, tradução nossa.

¹⁰ CORDERO, Franco. Procedura Penale. 8ª ed., Milano: Giuffrè, 2006, pp. 359-360, tradução nossa.

fantasmas mentais; todo chicaneiro teria jogo fácil se fosse pedido o efetivo conhecimento”.

E, de forma mais detalhada, o mesmo Franco Cordero, agora no *Guida alla procedura penale*:

“Identificação da testemunha, juramento, perguntas, respostas, ao contrário, compõem um ato. O processo é uma sequência de atos. (...) Nos termos nos quais os definem os privatistas e os penalistas, o ato é um movimento corpóreo (ou ainda um não-movimento) voluntário: sob determinados limiares psíquicos, falta um comportamento; não chamamos de “ofertante” quem eleva a mão num leilão porque lhe cutucaram, ainda que no código semiótico a tenha praticado, já que esse é o sentido atribuído a esse gesto; nem comete falso o subscritor cuja mão tenha sido coagida ao movimento gráfico. À exceção de alguns atos processuais, o interno parece irrelevante: “não existe” juridicamente a sentença emitida no sono; porém, se o sonâmbulo fosse um Oficial de Justiça e, dormindo, certificasse alguns papéis, ninguém levantaria dúvidas sobre a validade do acontecido; idem a respeito da prisão ou em experimentos. (...) Formulamo-lo assim: é “ato” cada emissão verbal ou gesto regulado pelas regras sobre o processo; se nele existe ou não um elemento psíquico, depende do respectivo modelo.¹¹”

Com uma perspectiva complementar à de Cordero, James Goldschmidt diferencia as consequências de não observância das regras, sob o prisma subjetivo, estabelecendo que no processo penal somente se pode falar de um “erro ao aplicar o direito e nunca de uma ação culpável”. A infração da lei processual penal gera nulidade do ato e não um delito. Sob o ponto de vista do processo, diz Goldschmidt, as condutas do juiz e das partes não são “jurídicas” ou “antijurídicas”, mas sim “corretas” ou “incorretas”¹².

De resto, ainda seguindo a trilha do processo como situação jurídica, na lição de James Goldschmidt, enquanto o direito penal material é estático, o processo é dinâmico¹³. O “processo” é um “caminhar para frente” que se realiza depois de um fato tipificado como crime ter se realizado. E, ainda, como recorda Carnelutti, a distinção entre direito penal e processo penal também pode ser lida, “em sua pureza”, como uma

¹¹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, Torino: Utet, 1986, pp. 183-184, tradução nossa.

¹² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, Derecho Penal y Proceso*. III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal. Tradução para o espanhol de Jacobo López Barja de Quiroga; Ramón Ferrer Baquero e León García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 313 e 314.

¹³ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, Derecho Penal y Proceso*. III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal. Tradução para o espanhol de Jacobo López Barja de Quiroga; Ramón Ferrer Baquero e León García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 256 e ss.

diferença entre “o direito enquanto se faz” e “o direito depois do que já se fez”¹⁴. Assim, a lei processual penal “não está redigida nem como um mandamento, nem como um status, nem, tampouco, está escrita como uma delimitação jurídica para determinar a ilicitude da conduta humana”¹⁵. Ela não se aplica aos comportamentos delitivos passados, mas sim aos ritos que, ou são realizados no presente, ou no futuro. Os atos processuais são, portanto, dinâmicos, propulsivos, lineares, orientados ao futuro e seguem um iter. Normalmente seguem o padrão de se tornar irreversíveis quando realizados observando a regra para eles prevista. E, assim, a lei nova de processo penal se orienta pelo princípio de eficácia das novas leis em geral e pela preservação dos atos jurídicos perfeitos e válidos. Vem daí, respectivamente, as ideias de imediatidade e irretroatividade que norteiam o artigo 2º, do Código de Processo Penal, o qual não exige análise de comparação da lei nova com a lei velha para verificar se a nova é melhor ou pior para o réu. Nem há comando constitucional que assim o determine.

Assim, à luz da imediatidade e a irretroatividade, novas regras processuais penais são aplicadas aos processos em curso tão logo entrem em vigor, na fase em que se encontram os processos, sem a necessidade de refazer atos processuais realizados com base na lei velha, que continuam válidos. A regra nova incidirá sobre o processo em curso desde que a etapa ou ato a que se refere já não tenha sido superado sob a vigência da lei antiga. Acaso já ocorrido o ato, prevalece o regime anterior; se ainda pendente de realização, reger-se-á pela lei nova.

Já o artigo 2º, do Código Penal, impõe uma análise comparativa das novas regras de direito penal com as regras velhas: se melhores para quem já realizou um comportamento delitivo quando da entrada em vigor das novas regras, elas retroagem, inclusive desconstituindo coisa julgada (letra expressa do art. 2º, parágrafo 2º CP); se piores para o réu, passam a valer apenas para novos crimes que vierem a ser cometidos. Daí se dizer que a *lex mitior* é ativa (atingindo os crimes posteriores ao início de sua vigência) e retroativa (atingindo também os anteriores), enquanto a *lex gravior* é só ativa.

Por vezes algumas leis novas estabelecem critérios específicos para a sucessão de leis processuais no tempo. Um exemplo marcante ocorreu com a “Lei de Introdução

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. Volume 1. Tradução para o espanhol de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 57.

¹⁵ COUTURE, Eduardo J. Interpretação das Leis Processuais. 4ª ed., tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 18.

ao Código de Processo Penal” (Decreto-lei nº 3931, de 1941), ao trazer critérios específicos para aplicação do novo Código em tema de sucessão de leis no tempo. Ela promoveu algumas ressalvas para os processos em curso, por exemplo: a) para os casos de prisão preventiva e fiança, fez prevalecer a regra mais favorável; b) considerou que os processos com instrução iniciada deveriam seguir sob o rito velho. Exemplo mais recente é o da Lei 9099/95, que, em seu artigo 90, estipulou que ela não se aplicaria para os processos com instrução já iniciada.

Porém, na maioria dos casos, a sucessão de leis não é marcada por regras de transição. No silêncio, valem os critérios gerais do art. 5º, XL, da Constituição de 1988, e dos artigos 2º, tanto do Código Penal, quanto do Código de Processo Penal.

Gizadas estas considerações iniciais sobre os critérios de tratamento da sucessão intertemporal de leis penais e leis processuais, cumpre discutir as diferenças entre as espécies.

2 CRITÉRIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DAS REGRAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.

Dos diversos critérios que a doutrina arrisca propor, os que parecem mais corretos são aqueles embasados na doutrina de Jorge de Figueiredo Dias, em seu clássico manual de 1974¹⁶. Não obstante Figueiredo Dias considere que direito penal e processo penal estão numa “relação mútua de complementaridade funcional”¹⁷ – o que é correto, frise-se – ele também considera que existe uma “autonomia teleológica” do processo penal em relação ao direito penal material, “no que toca aos pressupostos funcionais de que depende em concreto o nascimento de uma pretensão jurídico-substantiva ou de uma jurídico-processual”. Enquanto para o direito penal se exige a “realização (cometimento) de um tipo de crime”, para o direito processual penal “basta a notícia (suspeita) da infração” e, assim, “de igual modo são diferentes os pressupostos da extinção das consequências jurídicas” de um e de outro: “prescrição da pena” e “prescrição do procedimento criminal”¹⁸. E complementa:

¹⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 33 e ss.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 28.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 33.

“(…) Das diferenças de pressupostos funcionais são expressão, por sua vez, as diversas categorias axiológicas que dominam em cada um dos âmbitos e caracterizam a decisão num e noutro: a de direito substantivo, referida a uma relação da vida no ‘espaço social’, visa valorá-la, dentro da dicotomia axiológica “lícito-ilícito”; a de direito adjectivo, referida a actos no ‘espaço processual’ (“actos processuais”), visa enquadrá-los na dicotomia axiológica “admissível-inadmissível” ou “eficaz-ineficaz”.¹⁹

As regras processuais, portanto, operam juízos de valor a partir de um binário comunicativo distinto das regras materiais. O respeito ou desrespeito àquelas implica em admissibilidade ou não do ato. Acaso inadmissível, é anulado e, eventualmente, repetido. Há expressão desta ideia na lei, art. 573, CPP. Já as regras penais materiais, incidindo, implicam em que se valora a hipótese de fato como proibida ou permitida. Se proibida, desata a incidência da pena. Como se vê, as distintas mecânicas comunicativas implicam em consequências também distintas. Esta distinção é importante em vários campos, não só para conflito intertemporal: basta evocar a história do tratamento da prova ilícita, no plano material²⁰. Sua não admissão, no plano processual, passou a ser obrigatoriamente proclamada de jure constituto a partir de 1988, com o art. 5o, LVI, CR. Até então, setores da doutrina proclamavam que a recolha da prova mediante ação ilícita poderia levar o sujeito ativo a ser punido no plano material²¹ (caso de uma confissão obtida mediante tortura, por exemplo). Porém, a prova seria aproveitável no campo processual, tudo exatamente em nome das distâncias que separam os binários comunicativos²² lícito-ilícito, típico do direito penal, do admissível-inadmissível, típico do universo processual. Daí o valor do evocado raciocínio de Figueiredo Dias:

“(…) o problema cifra-se, por regra, em saber se o requisito discutido respeita a uma causa substantiva de exclusão de pena, máxime a uma das chamadas ‘condições objectivas de punibilidade’, se a um pressuposto processual: no primeiro caso estaríamos perante uma figura pertencente ao direito penal, no segundo perante uma figura de direito processual penal.”

¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pp. 33 e 34.

²⁰ NUVOLONE, Pietro. “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”. In: Rivista di diritto processuale. Vol. XXI. Padova: Cedam, 1966, p. 470.

²¹ CORDERO, Franco. Procedura Penale. 4a. ed., Milano: Giuffrè, 1998, p. 594.

²² LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. Teoría de la sociedad. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993, p. 92. indicam que a linguagem se retroalimenta, como sistema, mediante binários comunicativos - “para tudo que se diz, a linguagem põe à disposição uma versão positiva e uma negativa”. No caso do sistema penal, opera o mencionado binário lícito-ilícito, diverso do binário dos sistemas processuais, que operam pelo válido-inválido.

Considera que a “diversidade de objetos a que se dirigem” o direito penal e o processo penal implica em considerá-los como “regulamentações jurídicas autônomas”²³ e, nesse ponto, “a diferença fundamental entre matéria penal substantiva e processual é, como acima se sublinhou, determinada pelos diferentes círculos (espaços) da vida sobre os quais *actuam* as normas respectivas”²⁴.

Na suma: o direito penal está preocupado em proteger bens jurídicos relevantes de forma subsidiária²⁵, selecionando as condutas que considera graves e capazes de colocar em risco esses bens, e também está preocupado com as condições de culpabilidade e punibilidade de quem realiza essas condutas²⁶. Regras de direito penal, portanto, trabalham nas chaves “lícito-ilícito”; “punível-não punível”. Já as regras de processo penal não estão preocupadas com esses temas, pois tratam de rituais de verificação de comportamento. O ponto de preocupação está em garantir aos acusados que o ritual estabelecido para verificação de sua conduta seja feito de forma a impedir exercício abusivo de poder, equilibrando esta necessidade com aquela da realização efetiva da persecução. Qual a sequência preordenada de atos? Como eles devem ser realizados para que se consiga chegar ao final de um procedimento com o réu sendo julgado dentro de critérios que se considerem, numa democracia, como justos, não abusivos? E como se pode garantir à vítima que durante esse percurso ela não será revitimizada pelo mesmo acusado? O processo penal se organiza a partir de uma funcionalidade: proibição de excessos por parte do Estado e proibição de proteção insuficiente da vítima. Essa são as preocupações do processo. Assim, regras processuais operam para que os atos ritualísticos se orientem segundo os polos dos pressupostos processuais de existência e de validade. Ao se observar, ou deixar de observar a regra de processo penal, a discussão implica em reconhecer os atos processuais como “existentes ou não existentes”; “válidos ou não válidos”. Esses mesmos critérios podem ser utilizados para estabelecer a classificação das regras intermediárias, isto é, para saber quando se estará diante de uma regra processual com

²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 34.

²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 36.

²⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997, p. 51

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva”. In: Direito Criminal. Vol. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 50-51.

conteúdo material. Dentre elas, avultam: a) regras mistas, que espraiam efeitos no direito processual e no direito penal: o art. 366, CPP, impede o desenvolvimento do processo em face de réu citado por edital, ausente e sem advogado constituído, coroando a garantia do contraditório, ao firmar a respectiva necessidade de que só se desenvolva quanto àquele que conheça o conteúdo da acusação que lhe é feita. *Pari passu*, gera efeitos penais, ao suspender a fluência da prescrição enquanto suspenso o andamento do feito; b) regras processuais penais com conteúdo material: aquelas que são processuais, todavia tocam a liberdade e outros direitos materiais do imputado, afligidos pelo poder punitivo (direito penal material) de modo direto, em vez de reflexa ou indiretamente, pela ampliação ou restrição de garantias, como sói acontecer com regras processuais penais puras. Regras processuais penais com conteúdo material acabam por confinar ou ampliar diretamente: b.1) a possibilidade de deambulação, atingida pela pena privativa de liberdade, bem como pelas penas restritivas dos direitos de frequência a locais ou de conduzir veículos; b.2) a disponibilidade de patrimônio, tangida pelas penas de multa, prestação pecuniária, perda de bens e direitos e b.3) a liberdade de trabalho, restringida pela prestação de serviços à comunidade e interdição temporária do direito de exercício de cargo público e profissão regulamentada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do quanto acima exposto, resta evidente a necessidade urgente de se organizar os critérios mais adequados para o tema da sucessão de leis penais e processuais penais no tempo, para o que se sugere a observância das seguintes conclusões: 1) Há diferenças entre regra penal, processual penal com conteúdo processual, processual penal com conteúdo material, mista, que não podem ser desconsideradas no tema de sucessão de leis no tempo. 2) A *ratio* da retroatividade da lei mais benéfica radica no princípio da igualdade. A meta é produzir isonomia de tratamento no exercício dos espaços de liberdade dos cidadãos. A nova lei consolida uma modificação do olhar social acerca da magnitude de lesão provocada pelo comportamento, comunicado mediante a novel resposta havida como proporcional. Se proporcional, em tese, para todos os praticantes, aqueles que realizaram o evento sob a regência do regime jurídico derogado não podem por ele ser atingidos. 3) A doutrina que sugere que todas as regras de processo penal se equivalem ao direito penal

material, seja por uma leitura alargada da expressão “lei penal”, do texto constitucional, seja pela adoção parcial da ideia de processo penal de garantias, não deve ser adotada. 4) Regras sobre direitos e deveres, no plano jurídico-penal, tocam diretamente a liberdade do imputado, para além de outros bens e interesses. Já as garantias tangem a liberdade do imputado de modo indireto ou reflexo, precisamente através do processo. 5) Quando a regra é processual com conteúdo material (i.é, sua inobservância opera no binômio admissibilidade-inadmissibilidade, mas expande ou restringe diretamente a liberdade do cidadão) ou mista (deita efeitos no campo processual e no campo penal, *pari passu*), rege-se pelo art. 2º, CP. 6) O novo art. 28-A, CPP, que estatui o acordo de não persecução penal, toca diretamente a liberdade do imputado, pois o respectivo cumprimento é causa extintiva de punibilidade. Do mesmo modo, a ação penal pública no estelionato, agora de natureza condicionada, amplia as possibilidades de extinção da punibilidade. Ambas são regras processuais com conteúdo material e, pois, retroativas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, p. 23911, 31 dez. 1940.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, p. 19699, 13 out. 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código de Processo Penal. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, p. 23215, 13 dez. 1941.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 15593, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e 232 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e revoga os seus arts. 217, 219, 220, 223, parágrafo único, 224, 240 e 269. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 29 mar. 2005.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 24 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Medida Cautelar no Habeas

Corpus nº 119.067/PR. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 28 de agosto de 2013. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 174, 5 set. 2013.

CORDERO, Franco. Guida alla procedura penale. Torino: UTET, 1980.

CORDERO, Franco. Procedura penale. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. v. 1.

GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del proceso. Buenos Aires: EJE, 1961. v. 1.

MAZZA, Oliviero. Transito di leggi e diritto processuale penale. Milano: Giuffrè, 2004.