

Diretora Responsável
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi O. Ono

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
Daniel Cesar Leal Dias de Carvalho

Analistas de Operações Editoriais: Aline Almeida da Silva, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriel Henrique Zeledon Salas, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha e Maurício Zednik Cassim

Qualidade Editorial
Coordenação
Luciana Vaz Cameira

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco e Mayara Crispim Freitas

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Badaró, Gustavo Henrique
Processo penal / Gustavo Henrique Badaró. – 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Bibliografia
ISBN 978-85-203-6768-1

1. Processo penal 2. Processo penal – Brasil I. Título.

16-02120

CDU-343.1

Índice por catálogo sistemático: 1. Processo penal: Direito penal 343.1

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ

PROCESSO PENAL

4.ª edição revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Capítulo 2

Lei processual penal no tempo, no espaço e sua interpretação

2.1 A lei processual penal no tempo

No direito penal, o problema da sucessão de leis no tempo é resolvido segundo a garantia constitucional de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (CR, art. 5.º, XL).

Já no campo processual penal, a norma geral de direito intertemporal encontra-se prevista no art. 2.º do CPP: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Trata-se do princípio *tempus regit actum*, que não se confunde com a ideia de retroatividade da lei processual.¹

Roubier já chamava a atenção para a distinção entre o princípio geral do efeito imediato, de um lado, e a retroatividade, de outro.² Retroatividade é a imposição de uma lei a fatos pretéritos ou situações consumadas antes do início de sua vigência. Já a aplicação imediata é a sua incidência sobre fatos e situações pendentes quando a lei entra em vigor.³

Do ponto de vista do ato processual, não há retroatividade, como explica Hélio Tornaghi:

A norma de Direito Judiciário penal tem a 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 seja posterior à infração penal. Não há, nesse caso, retroatividade da lei processual penal, mas aplicação imediata. Retroatividade haveria se a lei processual nova modificasse ou invadisse atos processuais praticados antes de sua entrada em vigor.⁴

Tal posicionamento, contudo, merece ressalva por representar uma visão parcial do problema. Retroatividade e aplicação imediata são fenômenos temporais relati-

1. Regime diverso foi adotado pelo Código Procesal Penal de Chile, de 2000, que, em seu art. 483, estabeleceu que “*las disposiciones de este Código sólo se aplicarán a los hechos acaecidos con posteridad a su entrada en vigencia*”.

2. Paul Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, v. 2, n. 139, p. 676.

3. Dinamarco, *A reforma...*, p. 39.

4. Tornaghi, *Instituições...*, v. 1, p. 174. Cf., ainda: Magalhães Noronha, *Curso...*, p. 12. No mesmo sentido, no processo civil: Barbosa Moreira, *Problemas da ação...*, p. 216; Wellington Pimentel, *A aplicação...*, p. 11.

vos, que pressupõem, para sua aferição, um referencial cronológico. Se o referencial não for o mesmo para ambos os fenômenos a comparação não terá sentido lógico. A retroatividade da lei penal leva em conta o *tempus delicti*. Já a aplicação imediata da lei processual considera o momento da prática do ato processual. Tal ato processual só pode ser posterior ao delito, pois é ato de um processo que visa apurar justamente aquele delito praticado no passado. Assim, não coincidindo os referenciais, falar que a aplicação imediata da lei processual não fere a vedação da irretroatividade da lei penal pode ser um mero artifício de retórica, para violar a garantia decorrente do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.⁵

Se, de um lado, a lei processual nova pode ser aplicada aos futuros atos do processo, mesmo que este tenha por objeto crime cometido antes do início de vigência da nova lei, e, de outro, não é possível aplicar a lei penal para crimes cometidos anteriormente à sua vigência, torna-se fundamental definir a natureza jurídica dos diversos institutos disciplinados pela lei nova, para identificar e aplicar a regra de sucessão de leis adequada a cada hipótese.

2.1.1 Normas processuais penais puras e mistas e o direito intertemporal

Inegavelmente, há normas de caráter exclusivamente penal e normas processuais puras. Todavia, a doutrina também reconhece a existência das chamadas normas mistas⁶ ou normas processuais materiais.⁷ Embora não se discuta a existência de tais normas, há discrepância quanto ao âmbito mais restrito ou mais ampliado que se deve dar a tais conceitos.⁸

5. Justamente por confundir os dois marcos cronológicos, discorda-se da posição de Nucci (*Código...*, p. 72) que, admitindo a existência das “normas processuais de conteúdo material”, sujeitas ao regime da irretroatividade da lei penal, salvo quando mais benéfica ao acusado, conclui: “Quando se verifica a retroatividade da lei processual penal material benigna ou a sua ultratividade, deve-se levar em conta os atos processuais relativos ao desenvolvimento do processo e não simplesmente a data do fato criminoso. Assim, o fato gerador da prisão preventiva muitas vezes pode ocorrer depois do crime já ter ocorrido”. Tal raciocínio viola a garantia constitucional do art. 5.º, LV. Se quando o crime foi praticado não existia uma determinada hipótese de prisão preventiva (por exemplo, para garantia da ordem econômica), mesmo que após o início de vigência da lei nova o acusado venha a praticar atos que justificariam a prisão preventiva “para garantia da ordem econômica”, a prisão não poderá ser decretada. O marco cronológico, seja para as leis penais, seja para as leis processuais penais mistas, ou com conteúdo material, deve ser, sempre, a data do cometimento do delito.
6. Manzini (*Trattato...*, v. 1, p. 210) refere-se a normas de caráter misto, esclarecendo: “Devem ser consideradas de direito substancial, enquanto implicam o exercício do poder dispositivo do conteúdo material do processo penal, isto é, da pretensão punitiva pública, e de direito processual, enquanto ditos poderes devem ser exercitados mediante determinada forma”. No mesmo sentido, na doutrina nacional: Tucci, *Direito intertemporal...*, p. 22.
7. Para Taipa de Carvalho (*Sucessão de leis...*, p. 211), as normas processuais de conteúdo material são “aquelas que condicionam a responsabilização penal ou que contendem com os direitos fundamentais do arguido e do recluso”.
8. Obviamente, o critério não será topográfico, pois, como destaca Couture (*Interpretação...*, p. 36), “a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que

Uma corrente restritiva entende que são normas processuais mistas ou de conteúdo material aquelas que, embora disciplinadas em diplomas processuais penais, disponham sobre o conteúdo da pretensão punitiva. Assim, seriam normas formalmente processuais, mas substancialmente materiais, aquelas relativas ao direito de queixa, ao de representação, à prescrição e à decadência, ao perdão, à perempção, entre outras.⁹

Por seu turno, a corrente ampliativa considera que são normas processuais de conteúdo material aquelas que estabelecem condições de procedibilidade, constituição e competência dos tribunais, meios de prova e eficácia probatória, graus de recurso, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que tenham por conteúdo matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão.¹⁰

Preferível a corrente extensiva. Todas as normas que disciplinam e regulam, ampliando ou limitando, direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados, mesmo sob a forma de leis processuais, não perdem o seu conteúdo material. São normas processuais de conteúdo material as regras que estabelecem as hipóteses de cabimento de prisões cautelares, os casos em que podem ser revogadas, o tempo de duração de tais prisões, a possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, entre outras. Assim, quanto ao direito processual intertemporal, o intérprete deve, antes de mais nada, verificar se a norma, ainda que de natureza processual, exprime garantia ou direito constitucionalmente assegurado ao suposto infrator da lei penal. Para tais institutos, a regra de direito intertemporal deverá ser a mesma aplicada a todas as normas penais de conteúdo material, qual seja a da anterioridade da lei, vedada a retroatividade da *lex gravior*.¹¹

No tocante às normas processuais “puras”, ou exclusivamente processuais, não há dúvida de que o critério a ser aplicado é o *tempus regit actum*, previsto no art. 2.º do CP.

O fundamento de tal critério é que, em geral, as novas regras processuais visam uma melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, podendo-se presumir que a lei nova seja mais perfeita que a precedente, tanto na proteção do interesse coletivo

esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio”.

9. Nesse sentido: Tourinho Filho, *Processo penal*, v. 1, p. 118.
10. Taipa de Carvalho, *Sucessão de leis...*, p. 223. Para Tucci (*Direito intertemporal...*, p. 22 e 119), as normas processuais penais mistas são aquelas que tratam da queixa, da decadência, da renúncia, do perdão e da perempção, bem como as regras sobre prisão cautelar. No mesmo sentido: Nucci, *Código...*, p. 72.
11. Nesse sentido a posição incensurável de Leone (*Manuale...*, p. 23): “para as normas estritamente processuais deve-se verificar se elas exprimem garantias para o acusado que nascam da Constituição; em caso afirmativo, o problema da lei mais favorável se põe de forma não diversa daquele que vale para a forma substancial”. Na doutrina nacional, Tucci (*Direito intertemporal...* p. 114), embora com concepção restrita das normas processuais de conteúdo material, posiciona-se no sentido da “retroatividade da lei penal que ostente caracteres de direito penal material ou de natureza mista, caso mais favorável ao sujeito ativo do crime, e, ao mesmo tempo, congruentemente, a ultratividade da lei antiga, se mais severa a novel disposição”.

quanto no respeito aos direitos e garantias individuais.¹² Justamente por isso deverão ter aplicação imediata,¹³ não havendo justificativa para a ultra-atividade de uma lei menos eficiente.¹⁴

Entretanto, mesmo a lei processual nova sendo tendencialmente mais perfeita que a antiga, não há que aplicá-la aos processos já encerrados, devendo respeitar os *facta praeterita*. Quanto a estes é possível considerar a existência de direitos adquiridos processuais. Como afirma Galeno Lacerda, “a lei nova não pode atingir situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei antiga, isto é, não pode ferir os respectivos direitos processuais adquiridos”.¹⁵

Também não se discute, por óbvio, que a lei processual nova aplicar-se-á aos processos que se iniciarem após ela entrar em vigor. A nova lei deve ter aplicação para o futuro e, se o processo não principiou, será colhido inteiramente pela lei nova, quando tiver início.

A dificuldade se coloca quanto àqueles processos que estão em curso quando do início de vigência da lei processual nova: continuarão eles a ser regidos pela lei velha, que vigorava no seu início, ou passarão a ter o seu curso regido pela lei nova?¹⁶

Para resolver o problema da sucessão de leis processuais no tempo, pode-se cogitar de três sistemas: (1) o da unidade processual, (2) o das fases processuais e (3) o do isolamento dos atos processuais.¹⁷

Pelo sistema da unidade processual, uma única lei deve reger todo o processo. No caso, a lei velha continuaria ultra-ativa. A solução oposta, de regência pela lei nova, implicará a sua retroação, com a ineficácia dos atos processuais anteriormente praticados, o que violaria os direitos processuais adquiridos das partes, com desperdício de atividade processual.

No segundo sistema, o das fases processuais, deve ser considerada, separadamente, cada uma das fases processuais autônomas, quais sejam a postulatória, a ordinatória, a instrutória, a decisória e a recursal, que poderão ser regidas, de per si,

12. Tucci, *Direito intertemporal*..., p. 5.

13. Magalhães Noronha, *Curso*..., p. 12.

14. Como explica Câmara Leal (*Comentários*..., v. 1, p. 68-69), “a nova lei processual, constituindo a seleção dos meios mais idôneos para a realização da justiça, e considerada, portanto, melhor do que a anterior, não pode ser preterida por esta, em relação àqueles causas iniciadas sob seu império. O interesse público da melhor administração da justiça reclama que a lei cesse, para as causas sob ela ajuizadas, no momento em que entra em execução a nova lei, passando as causas a regerem-se por esta”.

15. Galeno Lacerda, *O novo direito*..., p. 13.

16. No processo penal, diante da possibilidade de normas mistas, de conteúdo processual e material, haverá ainda outra situação que exigirá cuidado e atenção: os processos que ainda não tenham sido instaurados, quando do início de vigência da lei nova, mas que tiverem por objeto crimes cometidos sob a vigência da lei anterior, em especial se esta assegurar em maior amplitude os direitos do acusado.

17. Nesse sentido: Cintra, Grinover, Dinamarco, *Teoria geral do processo* ..., p. 98.

por uma lei diferente. Consequentemente, a lei anterior será ultra-ativa até o final da fase que estava em curso, quando entrou em vigor a lei nova, que só passará a ser aplicada a partir da fase seguinte.

Finalmente, no sistema do isolamento dos atos processuais, admite-se que cada ato seja regido por uma lei, o que permite que a lei velha regule os atos já praticados, ocorridos sob sua vigência, enquanto a lei nova terá aplicação imediata, passando a disciplinar os atos futuros, sem as limitações relativas às fases do processo.

Pensando no direito posto, poder-se-ia imaginar que a solução seria simples, bastando aplicar o art. 2.º do CPP, que, sendo uma norma de superdireito (norma sobre a aplicação do direito),¹⁸ estabelece: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Há, porém, situações mais complexas, a exigir solução diferenciada.

2.1.2 Direito intertemporal: problemas específicos

O CPP adotou o sistema do isolamento dos atos processuais (CPP, art. 2.º), que poderá solucionar vários problemas de direito intertemporal. Não se trata, porém, de critério absoluto, havendo casos em que se deverá adotar solução diversa, segundo os princípios e regras de direito intertemporal normalmente aceitos pela doutrina. Como observa Câmara Leal, “o dispositivo genérico do art. 2.º não impede que surjam, na prática, hipóteses especiais relativas ao direito transitório, cuja solução deva ser dada pelos juízes, tendo em vista regras consagradas pela doutrina”.¹⁹

2.1.2.1 Normas sobre procedimento

Ensina a boa doutrina que o procedimento envolve uma sequência de atos isolados, mas teleologicamente unidos entre si, de forma que um ato seja causa do subseqüente, e assim sucessivamente até o ato final. Logo, nem sempre será possível o isolamento absoluto dos atos processuais, o que poderia gerar, segundo a advertência de Carnelutti, “o inconveniente de uma desconexão ou de uma desorientação do processo quando, durante o seu curso, intervenha uma lei modificadora, especialmente quando atos estabelecidos pela lei posterior não encontrem conveniente preparação nos atos precedentes efetuados sob o regime da lei ante-

18. A expressão é de Pontes de Miranda, *Tratado de direito internacional*..., v. 1, p. 10. Contudo, como adverte Dinamarco (*A reforma*..., p. 39), a norma de superdireito “não deixa de ser uma lei ordinária (do mesmo nível hierárquico das leis cujas aplicação ela regula), serve somente para traçar regras interpretativas quanto à retroação ou aplicação imediata de uma lei nova”.

19. Câmara Leal, *Comentários*..., v. 1, p. 69. O autor acrescenta, ainda, que “o Código foi conciso, estabeleceu o critério geral da imediata aplicação de seus preceitos às causas pendentes, não desceu, porém, à previsão e determinação de normas atinentes a casos especiais. Essa omissão do legislador dá ao intérprete a faculdade de recorrer às fontes subsidiárias para supri-la, ante a ocorrência de hipóteses que tornem insuficientes, para sua solução, o critério geral estabelecido pelo Código”.

rior”.²⁰ Justamente por isso, conclui Wellington Pimentel que, “mesmo não havendo o legislador adotado o sistema que leva em conta as fases processuais, deverá o juiz ter em vista a natureza do processo e a conotação entre seus atos, ou grupo de atos, na verificação da lei aplicável”.²¹

Aliás, não raro, as leis preveem regras especiais de direito transitório, adotando o sistema das fases processuais, isolando-se as fases postulatória e instrutória. Os processos que já estavam com a fase instrutória iniciada quando a lei entrou em vigor deverão seguir sob o império da lei antiga, até a sentença de primeiro grau.²² Ou seja, uma vez iniciada a instrução sob a vigência da lei anterior, deverá ela ser ultra-ativa até a sentença.

2.1.2.2 Normas sobre prova

No que toca ao direito intertemporal quanto às mudanças sobre provas, é necessário, previamente, definir a natureza jurídica das regras probatórias.

No campo do direito privado, há discussão sobre a natureza jurídica das regras probatórias, havendo posição no sentido de que se trataria de regras de direito material. Isso porque, em especial quanto à prova dos negócios jurídicos, parece ser conveniente que a prova siga as regras que o agente conhecia no momento em que celebrou o contrato.²³ No campo processual penal, porém, não há por que não reconhecer às normas

20. Carnelutti, *Sistema...*, v. 1, p. 110.

21. Pimentel, *A aplicação...*, p. 24.

22. Essa regra foi acolhida no art. 6.º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal – Decreto-lei 3.931/1941 –, que estabelece: “As ações penais, em que já se tenha iniciado a produção de prova testemunhal, prosseguirão, até a sentença de primeira instância, com o rito estabelecido na lei anterior”. Regra idêntica era prevista no Anteprojeto de Código de Processo Penal, de Hélio Tornaghi, que em seu art. 804, IV, estabelecia: “Nos casos em que já se tenha iniciado a produção de prova testemunhal, o processo seguirá, até a sentença de primeira instância, com o rito estabelecido na lei anterior”. O Anteprojeto de Código de Processo Penal, de autoria de José Frederico Marques, dispunha: “As ações penais, cuja instrução já tiver sido iniciada, serão processadas e julgadas em primeira instância, de acordo com a lei anterior, salvo no tocante às nulidades” (art. 876, § 1.º, primeira parte). Regra idêntica era prevista no Projeto de Código de Processo Penal 1.655, de 1983, em seu art. 707, § 1.º. Esse mesmo critério foi adotado pelo legislador, quando da entrada em vigor do procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/1995, cujo art. 90 dispõe: “As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”.

23. José Frederico Marques (*Instituições...*, v. 1, p. 120) explica que, “se o fato probatório estiver ligado, íntima e substancialmente, ao fato a ser provado, por ser aquele *ad solemnitate*, vigora a lei do tempo em que foi praticado o fato a ser provado”. No mesmo sentido, Pontes de Miranda (*Comentários...*, t. XVIII, p. 46) adverte que, “quanto às provas, se se tem de atender a regras jurídicas de direito material, é óbvio que o direito processual não as pode pôr de lado. As mudanças no campo do direito processual de modo nenhum podem ter qualquer eficácia que dispensa alguma prova, ou elemento de alguma prova, que é pressuposto estabelecido pelo direito material”. Justamente por isso, Niceto Alcalá-Zamora e Castilho e Ricardo Levene Hijo (*Derecho procesal penal*, t. I, p. 141) observam que as normas probatórias especiais, que são predominantemente substanciais, por se referirem

probatórias, natureza puramente processual. A norma probatória processual penal não tem por escopo a demonstração de um negócio jurídico, que ao seu tempo exigia determinada forma de realização ou previa determinado meio para ser demonstrado. O que se prova, no campo penal, é um ato ilícito, um acontecimento passado, que pode ser demonstrado por todos os meios de provas admitidos e lícitos, segundo a lei do momento em que a prova será produzida.

2.1.2.3 Normas sobre recursos

No tocante aos recursos, algumas questões normalmente despertam maior interesse e controvérsia quanto aos problemas de direito intertemporal: (1) a criação de um recurso novo; (2) supressão de um recurso anteriormente existente; (3) a alteração do prazo de interposição; (4) a alteração do procedimento de um recurso já previsto em lei.

Obviamente, as decisões proferidas quando já em vigor a lei nova terão seu sistema recursal integralmente regido pelas novas regras. A dificuldade surge quando a decisão é proferida e, antes da interposição do recurso, ou durante o seu processamento, sobrevém uma nova lei.

A regra geral é: a lei que irá reger o recurso é a lei do momento em que foi proferida a decisão recorrida,²⁴ isto é, o regime vigente no momento em que o ato processual se tornou impugnável irá reger a matéria, definindo o recuso cabível.²⁵

No caso das sentenças escritas, elas somente se consideram proferidas quando publicadas em cartório (CPP, art. 389),²⁶ pois é nesse momento que passam a valer como ato jurisdicional, e não na data que consta da sentença (CPP, art. 381, VI).²⁷

a uma determinada relação jurídica, não seguem a regra processual de aplicação imediata, que somente é aplicável às normas probatórias gerais.

24. Nesse sentido, para Galeno Lacerda (*O novo direito...* p. 68), “em direito intertemporal, a regra básica no assunto é que a lei do recurso é a lei do dia da sentença”. No mesmo sentido, Amílcar de Castro (*Comentários...*, v. 10, p. 528) afirmava que “os recursos ou remédios contra as sentenças devem ser regulados exclusivamente pela lei sob cujo império foram pronunciadas as decisões”. Cf. ainda: Carvalho Santos, *Código...*, v. 10, p. 421; Carlos Maximiliano, *Direito intertemporal*, p. 315-316; Pontes de Miranda, *Comentários...*, t. XVII, p. 41. No mesmo sentido, relativamente ao processo penal, cf.: Tucci, *Direito intertemporal...* p. 38; Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes, *Recursos...* p. 56. Nesse sentido, na jurisprudência, o STF já decidiu que “regula o cabimento do recurso a lei vigente ao tempo da decisão recorrida” (RE 78.057/MG, RTJ 68/879). Em outro julgado, o STF decidiu que “o tribunal se manteve fiel ao cânone ortodoxo de que a admissibilidade e a legitimação para o recurso se regem pela lei do tempo da decisão recorrida e os efeitos, conforme o dia da interposição” (EI na ADIn 1.591/RS). No mesmo sentido, no tocante à legitimidade recursal: STF, RE 85.815/BA, RTJ 81/26.

25. Pimentel, *A aplicação...* p. 22.

26. Na jurisprudência, o STJ já decidiu, em caso de sentença, que “o recurso próprio é o existente à época em que publicada a decisão” (STJ, CC 1.133/RS). No mesmo sentido: STJ, REsp 506/RJ.

27. Após proferir a sentença, o juiz deverá entregá-la em cartório, em mãos do escrivão, para que seja publicada, lavrando-se nos autos o termo de publicação e registrando-a em livro

Antes de publicada em cartório, a sentença é mero ato particular do juiz, um estudo ou parecer privado, sem força vinculante. Ressalte-se que a “publicação em cartório” não há que ser confundida com a intimação da sentença pela “publicação na imprensa” em relação ao advogado do acusado, do querelante e do assistente (CPP, art. 370, § 1.º).²⁸ A publicação na imprensa oficial representa apenas o termo inicial para o exercício de um direito – o de recorrer – que preexiste, nascido no dia em que se proferiu o julgado.²⁹

Tratando-se de decisões interlocutórias proferidas por escrito, não há exigência de publicação em cartório, como ocorre em relação às sentenças. Neste caso, haveria insegurança jurídica se se considerasse que a decisão foi “proferida” no momento em que é lançada pelo juiz, segundo a data constante dos autos. Seria impossível qualquer forma de controle quanto a tal momento. Assim, deve-se considerar, para fins de direito intertemporal, que a decisão interlocutória escrita é “proferida” no momento em que as partes são intimadas de tal decisão.³⁰ Se as intimações ocorrerem em momentos distintos, por exemplo, o Ministério Público for intimado pessoalmente em um dia e a defesa, intimada pela imprensa, três ou quatro dias depois, considerar-se-á a decisão “publicada” quando suceder a primeira intimação, pois nesse momento ela se tornou “pública”, ainda que apenas para uma das partes. A lei em vigor nesse dia será a “lei do recurso” contra tal decisão.

No caso de decisões interlocutórias proferidas em audiência, ou das sentenças orais, o próprio dia em que o ato foi praticado será o marco cronológico que define o momento da recorribilidade e, conseqüentemente, a norma aplicável.³¹ O ato processual torna-se público no momento em que proferido na presença das partes, sendo inclusive desnecessária a intimação. A mesma regra se aplica no caso de decisões colegiadas, tomadas em sessão de julgamento pelos tribunais, em que se considera proferida a decisão no momento em que o presidente, de público, anuncia o resultado do julgamento.³² Isto é, a lei vigente no dia da sessão de julgamento irá reger o recurso a ser interposto.

próprio (CPP, art. 389).

28. Dinamarco (*A reforma...*, p. 139) explica que “falar em *publicação do ato processual*, nesse sentido técnico, não é falar em sua *publicação pela imprensa*, que se faz quando o ato já fora publicado em cartório e já era *ato público* nesse sentido: a publicação pela imprensa constitui mero ato de intimação” (destaques no original).
29. Galeno Lacerda, *O novo direito...*, p. 71.
30. Nesse sentido, Galeno Lacerda, *O novo direito...*, p. 68.
31. Não terá aplicação o art. 389 do CPP, porque a sentença já terá sido proferida publicamente, não sendo necessária a sua publicação em cartório. É o que ocorre com a sentença proferida no tribunal do júri: não precisa ser publicada em cartório, pois terá sido lida e publicada em plenário (CPP, art. 493), como constará da ata. Da mesma forma, no caso do procedimento sumário (CPP, art. 534) ou sumaríssimo (Lei 9.099/1995, art. 81, *caput*), a prolação da sentença constará do termo de audiência e neste momento ela se considera proferida.
32. Galeno Lacerda, *O novo direito...*, p. 68. O STF já conheceu de embargos infringentes contra decisão não unânime proferida pelo próprio STF em ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que a data da decisão embargada era anterior ao início de vigência da Lei

Definidos o marco cronológico, o cabimento do recurso, bem como os demais pressupostos de admissibilidade recursal, deverão obedecer a lei do momento em que a decisão foi proferida, mesmo que a lei nova passe a vigor antes da efetiva interposição do recurso. Assim, se a lei vigente, quando a decisão foi proferida, previa recurso contra tal ato, essa lei será ultra-ativa e o recurso será cabível, mesmo que a nova lei que o extinguiu inicie sua vigência antes da interposição do recurso.³³ No momento em que a decisão foi proferida, a parte prejudicada passou a ter o direito adquirido processual de impugnar tal ato, segundo a lei da época.

Por outro lado, se a lei nova criar um determinado recurso, não existente quando a decisão foi proferida, mesmo que o início de sua vigência ocorra quando, segundo a nova lei, o prazo recursal ainda está em curso, a decisão será irrecorrível.³⁴ No momento em que foi proferida, a decisão era irrecorrível, e continuará a sê-lo, mesmo durante a vigência da lei nova que passe a prever recurso contra tal ato.

No tocante ao processamento do recurso, é de considerar que a lei antiga, porque vigente no momento em que a decisão foi proferida, será ultra-ativa, disciplinando também o trâmite do recurso, os seus efeitos,³⁵ bem como o seu julgamento pelo tribunal. Ou seja, os recursos interponíveis segundo a lei anterior, bem como aqueles efetivamente interpostos sob sua vigência, e ainda não julgados, deverão sê-lo consoante as regras da lei antiga, mesmo que abolidos ou modificados pela lei nova.³⁶

Há, contudo, respeitável corrente em contrário, considerando que a lei nova irá determinar o processamento do recurso,³⁷ posto que não se trata de questão ligada ao seu cabimento, para o qual vige a lei do tempo da publicação da sentença, mas sobre a forma de interposição, que segue a lei vigente ao tempo do ato, uma vez que, segundo Dinamarco, “inexiste direito adquirido a realizá-lo, no futuro, pelas formas revogadas”.³⁸

9.868/1999, que aboliu os embargos infringentes previstos no art. 333, IV, do RISTF, apesar de a publicação do acórdão ter ocorrido quando de sua vigência. Considerou-se que, para a aplicação imediata de inovações processuais, a data a ser considerada é a do julgamento, uma vez que a partir dessa decisão nasce o direito subjetivo ao recurso autorizado pela lei vigente no momento (STF, EI na ADIn 1.591/RS).

33. Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes, *Recursos...*, p. 10.
34. *Idem*, p. 56.
35. Tucci, *Direito intertemporal...*, p. 38. Na jurisprudência, em sentido contrário, considerando que os efeitos do recurso são regidos pela lei em vigor “no dia da interposição do recurso”, cf.: STF, EI na ADIn 1.591/RS, RE 82.902/SP, RTJ 78/274.
36. Galeno Lacerda, *O novo direito...*, p. 69.
37. Cf.: Pontes de Miranda, *Comentários...*, t. XVII, p. 44; Pimentel, *A aplicação...*, p. 22; Grinover, Magalhães Gomes Filho e Scarance Fernandes, *Recursos...*, p. 57.
38. Dinamarco, *A reforma...*, p. 172. O processualista exemplifica, afirmando que terá efeitos imediatos a regra que instituiu o preparo imediato do recurso e a que estabeleceu o juízo de retratação anteriormente inexistente (*idem, ibidem*). Em outro passo da mesma obra, adota a mesma posição quanto à regra que prevê a interposição do agravo diretamente perante o tribunal: “Os agravos de instrumento não interpostos antes do dia em que entrou em

Quanto ao prazo recursal, é certo que os prazos já vencidos sob a lei antiga não poderão ser dilatados ou reabertos, mesmo que tenham sido ampliados pela lei nova.³⁹ Já terá havido a preclusão temporal, sob a regência da lei antiga, e, neste caso, a reabertura do prazo afetaria o direito adquirido da parte contrária.⁴⁰ O problema surgirá quando a lei nova ampliar ou reduzir os prazos dos recursos anteriormente existentes, desde que tais prazos ainda não tenham principiado ou estejam em curso. Há divergência sobre como resolver tal problema.

Prevalece, contudo, o entendimento de que os prazos recursais iniciados segundo a lei antiga por ela deverão continuar a fluir, até o respectivo término.⁴¹ Ou seja, a nova disciplina legal, no que toca aos prazos recursais em andamento, não terá qualquer influência, nem para alongá-los, nem para abreviá-los. O prazo recursal nada mais é do que o pressuposto de admissibilidade recursal da tempestividade, e os recursos, quanto ao seu cabimento e demais pressupostos, regulam-se pela lei vigente no momento em que a decisão é proferida.

2.1.2.4 Normas sobre prisão e liberdade

Finalmente, é de analisar a questão do direito intertemporal no caso de regras sobre prisão cautelar e demais medidas cautelares alternativas à prisão.

Uma corrente, partindo de uma análise que considera como institutos de direito material apenas os decorrentes de regra que amplie ou diminua o *jus puniendi* ou o *jus punitivis*, conclui que toda lei que se relaciona com o crime, tratando da tipicidade do fato, sua ilicitude, culpabilidade do sujeito ou punibilidade, que cuida de cominação legal, judicial ou executória, é de natureza penal.⁴² Nos outros casos, em que não interferir na relação jurídico-punitiva (relação material), como os de prisão preventiva e liberdade provisória, trata-se de institutos de natureza processual penal, sujeitos ao princípio *tempus regit actum*.⁴³ Consequentemente, a criação de uma nova hipótese de

vigor a nova lei sê-lo-ão pela forma que esta preceitua e reger-se-ão por todas as normas disciplinadoras do novo sistema” (*idem*, p. 198).

39. Nesse sentido: Câmara Leal, *Comentários...* v. 1, p. 71; Pontes de Miranda, *Comentários...*, t. XVII, p. 44.

40. Dinamarco, *A reforma...* p. 172.

41. Nesse sentido: Galeno Lacerda, *O novo direito...*, p. 69; Pimentel, *A aplicação...*, p. 22.

42. Frederico Marques, *Curso...*, v. 1, p. 190, n. 4.

43. Nesse sentido: Frederico Marques, *Elementos...*, v. 1, p. 52-53; Mirabete, *Processo penal...*, p. 61. Na jurisprudência, nesse sentido, no tocante à liberdade provisória: TJSP, RT 661/281, HC 98.901.3/5. Em sentido contrário, merece destaque o seguinte julgado do STJ: “O disposto no § 2.º [atual § 3.º] do art. 2.º da Lei 8.072/1990, que exige decisão fundamentada do juiz para facultar ao réu apelar em liberdade, abriga preceito de direito material, não obstante o seu aparente cunho processual. E assim é porque ela disciplina situação do apenado que envolve o seu *status libertatis*. A prisão, seja ela processual ou penal, impõe restrição da liberdade física. Tanto isso é certo que todo o tempo de prisão será computado para efeito de execução da pena imposta na condenação” (STJ, HC 2.898-0/PE).

prisão ou a vedação de liberdade provisória poderiam ser aplicadas em processo que tenham por objeto crimes cometidos antes do início de vigência da lei nova, mesmo que esta se mostre mais gravosa.⁴⁴

Em sentido contrário, tem prevalecido na doutrina, ainda que com alguma diferença de argumentação, o entendimento de que as normas sobre medidas cautelares privativas ou restritivas da liberdade têm conteúdo misto e, portanto, seguem a regra de direito intertemporal do art. 5.º, LV, da Constituição.⁴⁵

Com base no princípio da legalidade da repressão, Figueiredo Dias explica:

“O princípio jurídico-constitucional da legalidade se estende, em certo sentido, a toda repressão penal e abrange, nesta medida, o próprio direito processual penal. Aqui deparamos com o essencial: tal como vimos suceder no problema da analogia, importa que a aplicação da lei processual penal a actos ou situações que decorrem na sua vigência, mas se ligam a uma infração cometida no domínio da lei processual antiga, não contrarie nunca o conteúdo da garantia conferida pelo princípio da legalidade. Daqui resultará que não deve aplicar-se a nova lei processual penal a um acto ou situação processual que ocorra em processo pendente, sempre que da nova lei resulte um agravamento da posição processual do arguido ou, em particular, uma limitação do seu direito de defesa.”⁴⁶

Cabe lembrar, por fim, que o art. 2.º do Decreto-lei 3.931, de 11.12.1941 – Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, prevendo regra de direito intertemporal ou transitório, quando do início da vigência do Código de Processo Penal, determinava: “À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis”.⁴⁷ E, como esclarece Tornaghi, “a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal contém normas que, embora relativas ao momento da entrada em vigor do Código de Processos Penal, permitem a inferência de alguns princípios gerais”.⁴⁸

44. Nesse sentido, Julio Maier, *Derecho...*, t. I, p. 248.

45. Embora sem se referir a normas processuais materiais, Tucci (*Direito intertemporal...*, p. 36) afirma que “as medidas restritivas de liberdade humana devem sempre ser tratadas com benignidade”.

46. Figueiredo Dias, *Direito...*, p. 112.

47. Regra semelhante também era prevista no Anteprojeto de Código de Processo Penal de autoria de José Frederico Marques, que, após acolher o princípio geral *tempus regit actum*, dispunha, em caráter excepcional: “No que toca às medidas cautelares, aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis ao réu” (art. 876, § 2.º). A mesma regra era encontrada no Anteprojeto de Código de Processo Penal, de Hélio Tornaghi, em seu art. 804, I: “À prisão provisória e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis”.

48. Tornaghi, *Curso...*, v. 1, p. 24. De forma semelhante, Mirabete *Processo penal...*, p. 62), analisando o citado artigo, assevera: “Tal dispositivo, segundo entendemos, continua em vigor, aplicando-se a todas as modificações introduzidas ao Código de Processo Penal de 1941 no relativo a tais matérias. Embora o citado decreto-lei visasse especialmente a transição da lei anterior para o Código de Processo Penal, não foi ele revogado, sendo ele aplicável, ao menos por analogia, às modificações do Estatuto”.

2.2 A lei processual penal no espaço

O problema da aplicação da lei processual penal no espaço está diretamente ligado à investidura das autoridades jurisdicionais brasileiras.

As autoridades jurisdicionais brasileiras, que exercem a jurisdição criminal no território nacional, deverão aplicar as regras de direito processual penal brasileiras. Como dizia Carnelutti, “o processo está disciplinado pelas normas do Estado a que pertence o órgão judiciário que o dirige”.⁴⁹

Essa é a regra geral que se extrai da primeira parte do art. 1.º do CPP, que em seu artigo de abertura proclama: “O processo penal rege-se-á, em todo território brasileiro, por este Código”.

Ou seja, em matéria de aplicação das normas processuais no espaço, vige a regra da territorialidade, com aplicação da *lex fori*, segundo o critério *locus regit actum*. Esse, porém, é o denominado aspecto positivo da territorialidade, que também possui um aspecto negativo: a exclusão da aplicação da lei processual penal estrangeira em território brasileiro.⁵⁰

O problema da aplicação da lei processual penal no espaço não se confunde como problema da aplicação da lei penal no espaço. O primeiro, como visto, destina-se a determinar qual a lei aplicável pelas autoridades judiciárias nacionais, no caso, brasileiras, aos processos de sua competência. Já o problema da lei penal no espaço destina-se a determinar o âmbito de incidência espacial da lei penal, em relação a quais locais a lei nacional pode ter incidência para a definição de crimes. Em outras palavras, a lei penal brasileira apenas se aplica a ações ou omissões criminosas praticadas em território nacional, ou também poderá ter incidência sobre condutas realizadas em país estrangeiro?

De observar, ainda, que mesmo nos casos em que vigora o princípio da extraterritorialidade no direito penal, pouco importa se de forma absoluta ou relativa, uma vez definido que a conduta praticada no exterior é crime segundo a lei brasileira, (por exemplo, um estrangeiro que, no exterior, pratique crime contra o Presidente da República do Brasil), o processo penal por tal delito correrá no Brasil, sendo de competência das autoridades brasileiras, e seguirá, quanto à lei processual penal no espaço, o princípio da territorialidade. O juiz brasileiro conduzirá um processo penal no Brasil, aplicando o CPP brasileiro, por um crime

49. Carnelutti, *Sistema...*, v. 1, p. 114.

50. Nesse sentido: Leone, *Lineamenti...*, p. 16. Questão diversa diz respeito à possibilidade de aplicação da lei brasileira por autoridades judiciárias estrangeiras. Como bem observa Dinamarco (*Instituições...*, v. 1, p. 93), em lição visando ao art. 1.º do CPC de 1973, correspondente ao art. 16 do CPC de 2015, mas igualmente aplicável à regra equivalente do CPP: “essa disposição legal não contém em si mesma qualquer proibição de que a lei processual brasileira vá além dos limites territoriais do país e seja observada por juízes de outro Estado soberano. Esse impedimento vem das leis dos outros países, que também repelem a aplicação da lei processual que não seja a sua”.

cometido no exterior, mas que está sujeito à lei penal brasileira, com base na extraterritorialidade da lei penal.

Mesmo no caso em que a autoridade judiciária brasileira cumpra uma carta rogatória ou um pedido de auxílio direto, ela aplicará, em regra, a lei do Estado brasileiro para os atos processuais penais que tenham que ser praticados no Brasil, e não a lei do Estado rogante. O mesmo ocorrerá na homologação de sentença estrangeira e na extradição.

Todavia, mesmo para o processo penal, a regra da territorialidade não é absoluta. O próprio legislador a excepciona, por razões de interesses internacionais do País. É nesse sentido que o CPP ressalva a aplicação da *lex fori*, no caso, a lei brasileira, quando assim o prevejam “os tratados, as convenções e regras de direito internacional” (CPP, art. 1.º, *caput*, I).⁵¹

A exceção à regra da territorialidade da lei processual penal pode se dar quando, por força de um tratado internacional, um ato que tenha que ser praticado em território nacional, por autoridade judiciária brasileira, deva seguir lei diversa do CPP. Atualmente, o Brasil é signatário de vários tratados bilaterais⁵² e multilaterais⁵³ de cooperação judiciária em matéria penal, que preveem formas de cooperação judiciária que, embora sigam, em regra, a lei brasileira – no caso o CPP –, admitem a realização do ato com a observância de outras regras, previstas nos próprios tratados.

Por exemplo, o Protocolo para Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul (Decreto 3.468, de 17.05.2000) prevê, quanto à lei aplicável, que:

51. As demais ressalvas, dos incisos II a V, não dizem respeito ao problema de aplicação da lei penal do espaço, mas sim afastam a aplicação da lei penal em processos que não versem sobre matéria criminal, como nos processos de *impeachment* de autoridades (inc. II), e processos que serão regidos por leis especiais (incisos III e V). De ressaltar que o inciso IV, que tratava do processo perante o tribunal especial previsto na Constituição de 1937, competente para “o processamento e julgamento dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular”, não mais pode ter aplicação, posto que tal tribunal não mais existe. Por outro lado, no que toca ao inciso V, o processo nos crimes de imprensa, ante a decisão do STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-7/DF, em que se declarou a não recepção de toda a Lei 5.250/1967, passou a ser regido pelo CPP.

52. Destaquem-se, a título de exemplo, os tratados com Panamá (Decreto 7.596, de 01.11.2011), México (Decreto 7.595, de 01/11.2011), Espanha (Decreto 6.681, de 08.12.2008), Cuba (Decreto 6.462, de 21.05.2008), China (Decreto 6.282, de 03.12.2007), Coreia (Decreto 5.721, de 13.03.2006), Colômbia (Decreto 3.895, de 23.08.2001), Estados Unidos da América (Decreto 3.810, de 02.05.2001), França (Decreto 3.324, de 30.12.1999), Paraguai (Decreto 139, de 29.11.1995), Portugal (Decreto 1.320, de 30.11.1994), Itália (Decreto 862, de 09.07.1993).

53. Entre os tratados multilaterais ratificados pelo Brasil que tratam da cooperação judiciária destacam-se a Convenção das Nações Unidas contra corrupção (Decreto 5.687, de 31.01.2006), a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional (Decreto 5.015, de 12.03.2004) e a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas (Decreto 154, de 26.07.1991). No âmbito do Mercosul, o Brasil ratificou o protocolo sobre assistência mútua em matéria penal (Decreto 3.468, de 17.05.2000).

“7.11. O processamento das solicitações será regido pela lei do Estado requerido e de acordo com as disposições do presente Protocolo. 2. A pedido do Estado requerente, o Estado requerido cumprirá a assistência de acordo com as formas ou procedimentos especiais indicados na solicitação, a menos que esses sejam incompatíveis com sua lei interna”. (destacamos).

E, por exemplo, no que toca ao testemunho no Estado Requerido, o art. 17.3 dispõe:

“O Estado requerido autorizará a presença das autoridades indicadas na solicitação durante o cumprimento das diligências de cooperação, e lhes permitirá formular perguntas se tal estiver autorizado pelas leis do Estado requerido e em conformidade com essas leis. A audiência terá lugar segundo os procedimentos estabelecidos pelas leis do Estado requerido” (destacamos).

Outra situação de exceção à aplicação da territorialidade da lei processual penal brasileira é encontrada no relacionamento com o Tribunal Penal Internacional.⁵⁴

2.3 Interpretação da lei processual penal

Em princípio, a interpretação da lei processual penal segue as mesmas regras de hermenêutica que disciplinam a interpretação das leis em geral.⁵⁵

Não traz o CPP uma disciplina completa ou geral sobre interpretação da lei processual penal. Nem caberia fazê-lo, por se tratar de matéria que normalmente não compete ao legislador. De qualquer forma, é importante reproduzir a advertência de Tornaghi: “Convém frisar: o que se procura com a interpretação é o conteúdo da lei, é a inteligência e a vontade da lei, não a intenção do legislador. Este é pessoa imaginária, cuja vontade dificilmente se chega a saber que coisa é, até porque o legislador é, na maioria dos casos, órgão coletivo, em que cada componente, como pessoa física, tem vontade própria e possivelmente diversa dos demais.”⁵⁶

Do ponto de vista da interpretação da lei processual penal, o que pretendeu fazer o legislador foi demarcar a diferença entre o direito penal e o processo penal. Naquele, não se admite qualquer forma de ampliação hermenêutica dos preceitos incriminadores, muito menos do emprego da analogia. Já no processo penal o art. 3.º do CPP prevê que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

54. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi promulgado pelo Decreto 4.388, de 25.09.2002, e prevê, no art. 99, na disciplina da “Cooperação Internacional e Auxílio Judiciário”, que “1. Os pedidos de auxílio serão executados de harmonia com os procedimentos previstos na legislação interna do Estado requerido e, a menos que o seu direito interno o proíba, na forma especificada no pedido, aplicando qualquer procedimento nele indicado ou autorizando as pessoas nele indicadas a estarem presentes e a participarem na execução do pedido”.

55. Frederico Marques, *Elementos...*, v. 1, p. 40. Na doutrina estrangeira: Leone, *Trattato...*, v. 1, p. 55.

56. Tornaghi, *Comentários...*, v. 1, t. 1, p. 91.

Ou seja, do ponto de vista interpretativo, admite-se a “interpretação extensiva” e, quanto à integração da lei processual penal, o emprego da analogia – é nesse sentido que se emprega a expressão “aplicação analógica”⁵⁷ – e dos princípios gerais de direito.

A “interpretação extensiva” não se confunde com a “aplicação analógica”, entendida esta como “analogia”, que, por sua vez, não se identifica com a chamada “interpretação analógica”.

Na interpretação extensiva, ou melhor, a interpretação que produz resultado extensivo, uma determinada regra tem seu campo de incidência ampliado, quando empregando os métodos normais de interpretação – gramatical, lógico, histórico... – conclui-se que a norma tem um conteúdo mais amplo do que resultaria da simples aplicação do seu texto.⁵⁸ A interpretação extensiva é o resultado de precisar declarativamente a verdadeira vontade da lei, extraída da “palavra não felizmente escolhida e adotada pelo legislador”.⁵⁹

A analogia é meio de integrar a norma, estendendo sua aplicação para casos não previstos pelo legislador. A analogia atua procedendo *de similibus ad similia*.⁶⁰ É um recurso extensivo que permite aplicar a lei, ou melhor, a solução prevista na norma, para casos semelhantes aos previstos pelo legislador. Nesse ponto, diferencia-se da interpretação extensiva, porque na analogia o caso a ser solucionado não está compreendido na hipótese de incidência da regra a ser aplicada. Justamente por isso fala-se em aplicação analógica, e não em interpretação analógica.⁶¹

A interpretação analógica não é forma de integração, mas, verdadeiramente, de interpretação. O caso em que a norma será aplicada está previsto no seu âmbito de incidência, embora de forma não explícita.⁶² Entretanto, é vontade da norma a sua aplicação a casos semelhantes aos por ele regulados. É o que ocorre quando um dispositivo, após um catálogo de hipóteses ou um elenco de situações, prevê uma cláusula genérica de encerramento (ou outro do mesmo gênero, ou meio equivalente, ou outro similar etc.). Por exemplo, o art. 405, § 1.º, do CPP prevê que, “sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual” (destacamos). A expressão “ou técnica similar”, após o rol de situações

57. Nesse sentido: Câmara Leal, *Comentários...*, v. 1, p. 77; Damásio E. de Jesus, *Código...*, p. 4; Nogueira, *Comentários...*, p. 113.

58. Espinola Filho (*Código...*, v. 1, p. 219) explica: “[...] como exemplos de interpretação extensiva, apresentam-se os casos em que, falando a lei em filhos, se dá o significado de abranger todos os descendentes; em homens, deve também compreender as mulheres” (destaques no original). De forma semelhante, Leone (*Trattato...*, v. 1, p. 63) analisa dispositivo do ordenamento italiano em que a expressão “pai” deve ser interpretada no sentido “daquele que exerce o pátrio-poder”.

59. Bellavista, *La interpretazione...*, p. 97.

60. Bellavista, *La interpretazione...*, p. 118.

61. Maier, *Derecho...*, t. 1, p. 236.

62. Nogueira, *Comentários...*, p. 114.

– gravação magnética, estenotipia, digital (*rectius*: gravação digital) –, faz com que o legislador possibilite ao intérprete se valer de outra tecnologia equivalente de registro de áudio, vídeo, ou ambos, que venha a surgir.

Todavia, o art. 3.º do CPP não pode ser aplicado em todos os seus termos. Não há como dar interpretação extensiva ou aplicar a analogia no que diz respeito a normas que restrinjam a liberdade pessoal do acusado ou qualquer outro direito de defesa.⁶³ Até mesmo Manzini reconhecia que as normas processuais penais somente toleram interpretação extensiva quando não restringirem direitos do acusado, sendo de interpretação restritiva “aquelas que impõem restrição à liberdade individual”!⁶⁴ Como emanção das garantias constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa, as disposições de leis processuais penais que limitem ou restrinjam a liberdade do acusado ou o exercício do direito de defesa devem receber interpretação restritiva.⁶⁵ Em outras palavras, em tal campo, estão proibidas a interpretação extensiva e a analogia, salvo *in bonam parte*, isto é, em favor do acusado ou para beneficiá-lo.⁶⁶ Também não será cabível, por analogia, restringir direitos do acusado!⁶⁷ Somente ao que se refere a normas processuais que digam respeito a questões meramente procedimentais (por exemplo, local, forma e prazo dos atos processuais) poder-se-á aplicar o art. 3.º do CPP, mesmo se a analogia não for empregada para restringir um direito de defesa (por exemplo, aplica-se, por analogia, ao processo penal, o art. 1026, *caput*, do CPC, que prevê a interrupção do prazo para outro recurso, no caso de interposição dos embargos de declaração).

No que toca aos princípios gerais do direito, no campo processual penal é de se atentar para a proeminência do *favor rei*, enquanto fator de integração das normas processuais.

Questão distinta, que não concerne à integração da norma processual, mas à sua interpretação, é definir se a máxima do *in dubio pro reo* – inegavelmente aplicável a dúvidas sobre “questões de fato” – é também critério de solução da dúvida sobre “questões de direito”.

63. Nesse sentido, Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação...*, p. 329) afirma que “o preceito não é absoluto: quando se tratar de exceções às regras gerais, bem como de limitações à liberdade individual, ao exercício de direitos ou a interesses juridicamente protegidos, o texto considerar-se-á taxativo, será compreendido no sentido rigoroso, estrito”. Na doutrina estrangeira, Battaglini (*Direito penal...*, p. 65) chega à mesma conclusão, em relação às “normas que limitem o livre exercício de direitos ou se revistam de caráter excepcional”.

64. Manzini, *Trattato...*, v. 1, p. 131.

65. Maier, *Derecho...*, t. 1, p. 229.

66. *Idem, ibidem*, p. 230.

67. Segundo Leone (*Trattato...*, v. 1, p. 55), são claramente excepcionais e, por isso, insuscetíveis de analogia, as normas que regulam coerções processuais. Na doutrina nacional, o mesmo posicionamento é encontrado em Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação...*, p. 329) quanto as “prescrições que autorizem a prisão preventiva, o sequestro de bens dos indiciados ou restrições ao direito de defesa”.

Não há como negar que, dúvida sobre a prova e dúvidas sobre as normas jurídicas são coisas distintas.⁶⁸ O primeiro é um problema heurístico, o segundo, hermenêutico. Na resolução de questões de direito há problemas complexos, de difícil resolução, que impliquem, muitas vezes, em dúvida do próprio julgador sobre qual seria a melhor solução para o caso concreto. Nestas situações, parte da doutrina entende que o *in dubio pro reo* também se aplica às questões de direito.⁶⁹

Há, por outro lado, entendimento contrário, no sentido de que em tais situações o problema não será de “dúvida”, mas sim de hermenêutica, cabendo ao juiz adotar a solução que lhe parecer mais correta, independentemente de ser ela favorável ou prejudicial ao acusado.⁷⁰

Entendemos que, nas questões eminentemente de direito, em que não há qualquer controvérsia fática, não havendo dúvida a ser eliminada pela atividade probatória, mesmo assim deve prevalecer a decisão mais favorável ao acusado. Não se tratará, contudo, de problema relacionado ao ônus da prova, muito menos a solução favorável ao réu será uma “regra de julgamento” que tenha por objeto a dúvida sobre um fato incerto. Na verdade, será mais um caso de aplicação do *favor rei*.⁷¹

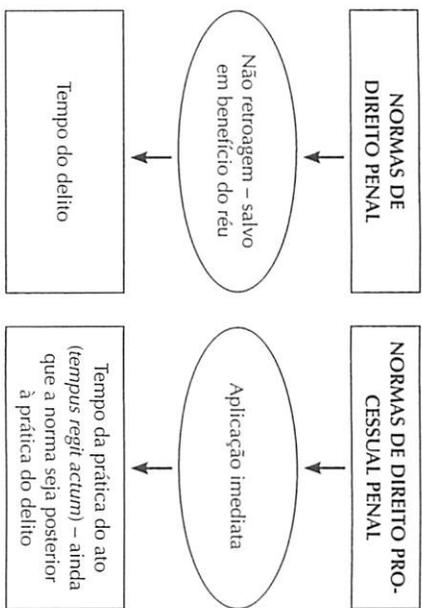
68. Sentis Melendo, *In dubio...*, p. 85.

69. Para Hungria (*Comentários...*, v. 1, t. 1, p. 86), “no caso de irreduzível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio *in dubio pro reo* (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal)”. No mesmo sentido, cf. Pedrosa, *Prova penal...*, p. 157, *Id.*, *Processo penal...*, p. 53; Karan, *Sobre o ônus...*, p. 68, nota 22. Na doutrina estrangeira, cf.: Sentis Melendo, *In dubio...*, p. 86; Zimmerl, *Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda*. Berlin, 1931, p. 10, *apud* Bettiol, *La regola...*, p. 312.

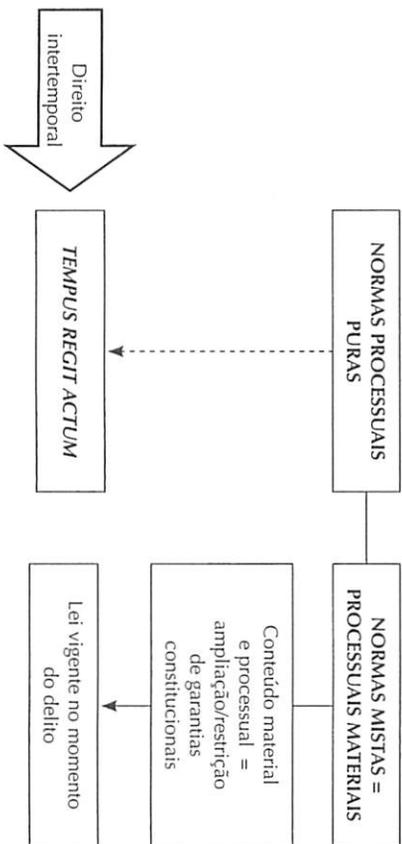
70. Nesse sentido: Frederico Marques, *Tratado...*, v. 1, p. 174; *Id.*, *Elementos...*, v. 1, p. 40-41; Anibal Bruno, *Direito...*, t. 1, p. 22; Fragoso, *Lições...*, p. 82. No mesmo sentido, na doutrina estrangeira: Manzini, *Trattato...*, v. 1, p. 131; Leone, *Trattato...*, v. 1, p. 68; Bettiol, *La regola...*, p. 312; De Marsico, *Lezioni...*, p. 5; Figueiredo Dias, *Ônus...*, p. 147.

71. O extinto TACrimSP decidiu que “o *favor rei* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal (antinomia interpretativa), a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu” (Rev. Crim. n. 366.588/4). Concordamos que a questão é terminológica. Porém, preferimos utilizar a expressão *in dubio pro reo* somente para os casos em que se tenha que resolver uma dúvida sobre questões fáticas, e que persiste na mente do julgador em razão da insuficiência das provas produzidas para convencê-lo em um ou outro sentido. Já quando se tratar de questão de direito, havendo dúvida, que não decorre da ausência ou insuficiência de atividades probatórias, preferimos a expressão *favor rei*. Na doutrina, no sentido de considerar inaplicável o *in dubio pro reo*, embora a interpretação da norma processual penal deva obedecer ao *favor rei*: Bento de Faria, *Código...*, v. 1, p. 27; Nogueira, *Comentários...*, p. 110-111.

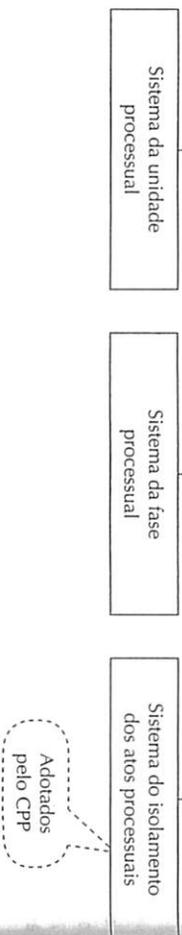
A LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO



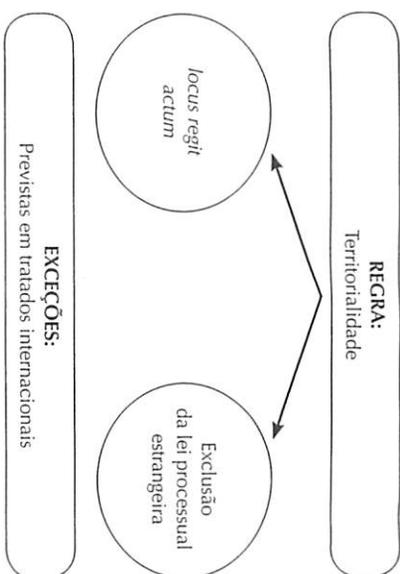
NORMAS PROCESSUAIS PENAIS PURAS E MISTAS E O DIREITO INTERTEMPORAL



PROCESSOS EM ANDAMENTO - SUCESSÃO DE LEIS PROCESSUAIS



A LEI PROCESSUAL PENAL NO ESPAÇO



INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

