

AURY LOPES JR.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid.
Professor Titular de Direito Processual Penal da PUCRS. Professor no Programa de Pós-Graduação – Doutorado, Mestrado e Especialização – em Ciências Criminais da PUCRS. Coordenador do Curso de Especialização em Ciências Penais da PUCRS. Membro do Conselho Diretivo para Ibero-América da *Revista de Derecho Procesal* – Madri. Vice-Presidente da FEDERASUL e da Associação Comercial de Porto Alegre. Advogado criminalista.
www.aurylopes.com.br

Direito Processual Penal

11ª edição
2014

100 ANOS
 Saraiva

proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, assegurando a imagem, dignidade e privacidade do réu.

4. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA: previstos no art. 5º, LV, da CB, são princípios distintos, mas, dada a íntima relação e interação, estudados juntos. 4.1. O contraditório nos remete às lições de Fazzalari, em suma, de igualdade de tratamento e oportunidades no processo. O contraditório tem dois momentos: informação e reação. É, essencialmente, o direito de ser informado e de participar do processo com igualdade de armas. É possível o contraditório no inquérito policial, mas restrito ao seu primeiro momento (informação). 4.2. O direito de defesa é concebido numa dupla dimensão: a) defesa técnica: ninguém pode ser acusado ou julgado sem defensor (constituído ou dativo), exercida por advogado habilitado, diante da presunção absoluta de hipossuficiência técnica do réu (arts. 261 do CPP; 5º, LXXIV, e 134 da CB; art. 8.2 da CADH); b) defesa pessoal ou autodefesa, exercida pelo próprio acusado. A defesa pessoal subdivide-se ainda em positiva (quando o réu presta depoimento ou tem uma conduta ativa frente a determinada prova, v.g. participando do reconhecimento, acareação etc.) ou negativa (utiliza o direito de silêncio ou se recusa a participar de determinada prova), concretizando o princípio do *nemo tenetur se detegere* (nada a temer por se deter) do art. 5º, LXIII, da CB; art. 186 do CPP; e 8.2. “g” da CADH. Importante destacar o disposto na Lei n. 12.654/2012 que estabelece a coleta compulsória de material genético do suspeito ou condenado, excepcionando assim o direito de silêncio.

5. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: expressamente prevista no art. 93, IX, da CB, essa garantia processual permite o controle da racionalidade e da legalidade das decisões, sendo exigível inclusive nas decisões interlocutórias. É necessário superar a visão cartesianista moderna (juiz “boca da lei”) e assumir a subjetividade no ato de decidir, mas sem cair no outro extremo que é o decisionismo, onde o juiz “diz qualquer coisa sobre qualquer coisa” (Streck). Nesse ponto, remetemos o leitor para Capítulo posterior, onde tratamos da “Decisão Penal”.

LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO E NO ESPAÇO

1. Lei Processual Penal no Tempo

1.1. A Leitura Tradicional: Princípio da Imediatidade

Ensina a doutrina tradicional que o processo penal é guiado pelo Princípio da Imediatidade (art. 2º do CPP), de modo que as normas processuais penais teriam aplicação imediata, independente de serem benéficas ou prejudiciais ao réu, tão logo passasse a *vacatio legis*, sem prejudicar, contudo, os atos já praticados, eis que não retroagiria jamais.

Para tanto, é recorrente a seguinte distinção:¹

- leis penais puras;
- leis processuais penais puras;
- leis mistas.

A lei penal pura é aquela que disciplina o poder punitivo estatal. Dispõe sobre o conteúdo material do processo, ou seja, o Direito Penal. Diz respeito à

¹ Entre outros, adotam essa posição Fernando da Costa Tourinho Filho (*Processo Penal*. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 2004, v. 1, p. 110 e ss.) e PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio (*Curso de Processo Penal*, 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 14).

tipificação de delitos, pena máxima e mínima, regime de cumprimento etc. Para essas, valem as regras do Direito Penal, ou seja, em linhas gerais: retroatividade da lei penal mais benigna e irretroatividade da lei mais gravosa.

A lei processual penal pura regula o início, desenvolvimento ou fim do processo e os diferentes institutos processuais. Exemplo: perícias, rol de testemunhas, forma de realizar atos processuais, ritos etc. Aqui vale o princípio da imediatidade, onde a lei será aplicada a partir dali, sem efeito retroativo e sem que se questione se mais gravosa² ou não ao réu.

Assim, se no curso do processo penal surgir uma nova lei exigindo que as perícias sejam feitas por três peritos oficiais, quando a lei anterior exigia apenas dois, deve-se questionar: a perícia já foi realizada? Se não foi, quando for levada a cabo, deverá sê-lo segundo a regra nova. Mas, se já foi praticada, vale a regra vigente no momento de sua realização. A lei nova não retroage.

Por fim, existem as leis mistas, ou seja, aquelas que possuem caracteres penais e processuais. Nesse caso, aplica-se a regra do Direito Penal, ou seja, a lei mais benigna é retroativa e a mais gravosa não. Alguns autores chamam de normas mistas com prevalentes caracteres penais,³ eis que disciplinam um ato realizado no

² A questão de ser ou não mais gravosa para o réu deve ser compreendida de forma ampla, à luz dos princípios fundantes do processo penal e que foram por nós analisados no início desta obra. Não basta verificar, apenas, se houve cerceamento de defesa ou não. Não é apenas a ampla defesa que funda a instrumentalidade constitucional do processo penal, senão também a garantia da jurisdição, do sistema acusatório, do contraditório, da presunção de inocência e da motivação das decisões judiciais. Daí por que não concordamos com a construção de Tourinho Filho, que, além de ser paradoxal, é reductionista, pois limita a problemática da gravosidade à questão de se houve ou não cerceamento de defesa. Ademais, em que pese demonstrar posteriormente alguma preocupação com o cerceamento de defesa (o que é insuficiente), possui ela uma premissa completamente equivocada e descolada da Constituição de 1988. Não concordamos com TOURINHO FILHO (*Processo Penal*, cit., v. 1, p. 112) quando afirma que "essa regra é plenamente justificável, posto que o Estado disciplina a administração da justiça da maneira que lhe parece a mais acertada, e deve-se presumir que a nova lei seja melhor que a anterior, não para o interesse coletivo, como também para os interesses individuais reconhecidos e protegidos pelo Direito Público em geral" (grifo nosso). Trata-se, a nosso ver, de uma visão superada, autopoietica até. Defende o autor que os atos do Estado na Administração da Justiça se legitimam por si só, pelo simples fato de emanarem do Estado, desconsiderando completamente a necessidade de uma legitimação constitucional. A noção de sistema fechado, não superação do dogma de completude lógica e paleopositivismo, permeia o discurso. Elementar que o Estado não pode administrar a justiça da maneira que lhe pareça mais acertada. Tampouco pode ser produzida uma legislação processual como "pareça mais acertado" para o Estado. Para além disso, estão as regras do devido processo penal constitucional e a necessidade de uma substancial conformidade com a Constituição (que, como dito, vai muito além do cerceamento de defesa). Deve-se ter muito cuidado com discursos estruturados dentro de uma racionalidade pré-Constituição Democrática, pois vêm eles, muitas vezes, impregnados do verbo autoritário. E, quando tentam uma abertura, geram paradoxos e contradições.

³ Quem emprega expressão quase idêntica, mas em espanhol (*prevalentes caracteres de derecho penal material*) e entre aspas, é TOURINHO FILHO (op. cit., p. 115). Infelizmente, o autor não indica a fonte de onde extraiu a expressão.

processo, mas que diz respeito ao poder punitivo e à extinção da punibilidade. Exemplo: as normas que regulam a representação, ação penal, queixa-crime, perdão, renúncia, perempção etc.

Seguindo essa doutrina, se alguém comete um delito hoje, em que a ação penal é pública incondicionada, e posteriormente passa a ser condicionada à representação, o juiz deverá abrir prazo para que a vítima, querendo, represente, sob pena de extinção da punibilidade. É retroativa porque mais benéfica para o réu. Foi o que aconteceu com a Lei n. 9.099/95 e a representação nos delitos de lesões leves e culposas. Os processos que não tinham transitado em julgado baixaram para a vítima representar e, se não o fizesse, extinguiu a punibilidade.

Por outro lado, se quando o crime é cometido, existe uma lei que diga que a ação penal é privada e, posteriormente, vem outra dizendo que a ação penal é pública incondicionada, a ação continuará sendo privada, porque isso é melhor para o réu (ultra-atividade da lei mais benigna).

Essa problemática se repetiu em 2009, com o advento da Lei n. 12.015/2009, que alterou o regime da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, como explicaremos a seguir.

1.2. Uma (Re)Leitura Constitucional: Retroatividade da Lei Penal e Processual Penal Mais Benéfica

Pensamos que o Princípio da Imediatidade contido no art. 2º do CPP, assim aplicado, não resistiria a uma filtragem constitucional, ou seja, quando confrontado com o art. 5º, XL, da Constituição.

A questão foi muito bem tratada por PAULO QUEIROZ e ANTONIO VIEIRA,⁴ que lecionam que a irretroatividade da "lei penal" deve também compreender, pelas mesmas razões, a lei processual penal, a despeito do que dispõe o art. 2º do Código de Processo Penal, que determina, como regra geral, a aplicação imediata da norma, uma vez que deve ser (re)interpretado à luz da Constituição Federal.

Isso porque não há como se pensar o Direito Penal completamente desvinculado do processo e vice-versa. Recordando o princípio da necessidade, não poderá haver punição sem lei anterior que preveja o fato punível e um processo que o apure. Tampouco pode haver um processo penal senão para apurar a prática de um fato aparentemente delituoso e aplicar a pena correspondente. Assim, essa íntima relação e interação dão o caráter de coesão do "sistema penal", não permitindo que

⁴ No excelente trabalho *Retroatividade da Lei Processual Penal e Garantismo*, publicado no *Boletim do IBCCrim*, n. 143, de outubro de 2004.

se pense o Direito Penal e o processo penal como compartimentos estanques. Logo, as regras da retroatividade da lei penal mais benéfica devem ser compreendidas dentro da lógica sistêmica, ou seja, retroatividade da lei penal ou processual penal mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei (penal ou processual penal) mais gravosa ao réu.

Portanto, impõe-se discutir se a nova lei processual penal é mais gravosa ou não ao réu, como um todo. Se prejudicial, porque suprime ou relativiza garantias – v.g., adota critérios menos rígidos para a decretação de prisões cautelares ou amplia os seus respectivos prazos de duração, veda a liberdade provisória mediante fiança, restringe a participação do advogado ou a utilização de algum recurso etc. –, **limitar-se-á a reger os processos relativos às infrações penais consumadas após a sua entrada em vigor.**

Final, também aqui advertem os autores – é dizer, “não apenas na incriminação de condutas, mas também na forma e na organização do processo – a lei deve cumprir sua função de garantia, de sorte que, por norma processual menos benéfica, se há de entender toda disposição normativa que importe diminuição de garantias, e, por mais benéfica, a que implique o contrário: aumento de garantias processuais”.

Então, a lei **processual penal mais gravosa não incide naquele processo**, mas somente naqueles cujos crimes tenham sido praticados após a vigência da lei.

Por outro lado, **a lei processual penal mais benéfica poderá perfeitamente retroagir para beneficiar o réu**, ao contrário do defendido pelo senso comum teórico.

Como explicam PAULO QUEIROZ e ANTONIO VIERA, “sempre que a lei processual dispuser de modo mais favorável ao réu – v.g., passa a admitir a fiança, reduz o prazo de duração de prisão provisória, amplia a participação do advogado, aumenta os prazos de defesa, prevê novos recursos etc. – terá aplicação efetivamente retroativa. E aqui se diz retroativa advertindo-se que, nestes casos, não deverá haver tão somente a sua aplicação imediata, respeitando-se os atos validamente praticados, mas até mesmo a renovação de determinados atos processuais, a depender da fase em que o processo se achar”.

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

Também tratando desse tema, CIRINO DOS SANTOS⁵ explica que o princípio constitucional da *lei penal mais favorável* condiciona a legalidade processual penal, sob dois aspectos:

- “primeiro, o *primado do direito penal substancial* determina a extensão das garantias do *princípio da legalidade* ao subsistema de *imputação* (assim como aos subsistemas de *indiciamento* e de *execução penal*), porque a *coerção processual* é a própria realização da coação punitiva;
- segundo, o gênero *lei penal* abrange as espécies *lei penal material* e *lei penal processual*, regidas pelo mesmo princípio fundamental.”

Assim, voltando aos exemplos anteriores, em nada afetará os casos de leis mistas. O reflexo mais efetivo ocorrerá nas leis processuais penais puras, pois agora deveremos discutir se houve ampliação ou restrição da esfera de proteção.

O princípio da imediatidade segue tendo plena aplicação nos casos de leis meramente procedimentais, de **conteúdo neutro** (a ser aferido no caso concreto), na medida em que não geram gravame para a defesa. E, nessa situação, é necessário analisar-se o caso em concreto, não havendo possibilidade de criar-se uma estrutura teórica que dê conta da diversidade e complexidade que a realidade processual pode produzir.

Assim, **por exemplo**, a indenização a ser fixada na sentença (art. 387) – inovação introduzida pela reforma de 2008 – somente pode ser aplicada pelo juiz em relação aos fatos ocorridos após 23/08/2008. Trata-se de lei processual penal mais gravosa e que não pode retroagir. Ademais, especificamente nesse caso, há dois outros graves inconvenientes: não ter havido pedido de indenização na denúncia e tampouco contraditório em relação a essa questão. Quando o juiz fixa um valor indenizatório mínimo, nos termos do art. 387, IV, em casos penais ocorridos antes da vigência da Lei n. 11.719/2008, o faz de forma ilegal, na medida em que está dando um indevido efeito retroativo a uma lei processual penal mais gravosa. Ademais, deve-se atentar para o fato de – certamente – não ter havido pedido do Ministério Público (até porque, se a denúncia é anterior à lei, nem cabia tal pedido), violando assim o princípio da correlação.

2. Lei Processual Penal no Espaço

Ao contrário do que ocorre no Direito Penal, onde se trava longa e complexa discussão sobre a extraterritorialidade da lei penal, no processo penal a situação é

⁵ Com a mesma autoridade com que leciona sobre Direito Penal, o excepcional jurista JUAREZ CIRINO DOS SANTOS também muito nos ensina em Direito Processual Penal. Daí por que imprescindível a leitura, entre outras, da obra *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Especificamente nessa citação, veja-se p. 53.

mais simples. Aqui vige o princípio da territorialidade. As normas processuais penais brasileiras só se aplicam no território nacional, não tendo qualquer possibilidade de eficácia extraterritorial.

A questão da territorialidade está vinculada ao fato de a jurisdição constituir um exercício de poder. Portanto, poder condicionado aos limites impostos pela soberania, ou, como prefere SARA ARAGONESES,⁶ “el ejercicio de la Jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía del Estado”. Assim, o poder jurisdicional brasileiro somente pode ser exercido no território nacional.

Eventualmente, no campo teórico (especialmente nas pirotécias surreais que costumam produzir-se em alguns concursos públicos), criam-se complexas questões envolvendo a prática de atos processuais no exterior, como, por exemplo, o cumprimento de uma carta rogatória. Em síntese, o questionamento é: ainda que realizado no exterior, o ato processual (a oitiva de uma testemunha, vítima etc.) deve observar a forma e o ritual exigido pelo nosso CPP? Se for praticado de outra forma, segundo as regras do sistema daquele país, o ato é nulo?

A resposta é não. O ato processual será realizado naquele país segundo as regras lá vigentes. Não têm nossas leis processuais penais extraterritorialidade, para reger os atos praticados fora do território nacional. Tampouco há que se falar de nulidade. Ao necessitar da cooperação internacional, deve o País conformar-se com a forma como é exercido, lá, o poder jurisdicional.

Como explica ARAGONESES ALONSO,⁷ as normas processuais de um país se aplicam sempre pelos tribunais de dito país e adverte: mais do que no princípio de territorialidade, deve-se falar no princípio da *lex fori*, isto é, a aplicação das normas processuais corresponde ao país a que esse tribunal serve.

⁶ Na obra coletiva *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1996. p. 82.

⁷ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 5. ed. Madrid, Editorial Rubi Arce Gráficas, 1984. p. 61.

SÍNTESE DO CAPÍTULO

LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO:

1. Princípio da Imediatidade: art. 2º do CPP, segundo o qual as normas processuais penais têm aplicação imediata, independentemente de serem benéficas ou prejudiciais ao réu, sem efeito retroativo. É a posição tradicional, sendo que os doutrinadores recorrem à seguinte distinção:

1.1. Leis Penais Puras: disciplinam o poder punitivo estatal, que diz respeito à tipificação de delitos, penas, regimes etc. Aplicam-se os princípios do direito penal: retroatividade da lei penal mais benigna e irretroatividade da lei mais gravosa. 1.2. Leis Processuais Penais Puras: regulam o início, o desenvolvimento e o fim do processo penal, como perícias, rol de testemunhas, ritos etc. Aplica-se o princípio da imediatidade e não têm efeito retroativo. 1.3. Leis Mistas: possuem caracteres penais e processuais, visto que disciplinam um ato do processo, mas que diz respeito ao poder punitivo. Exemplos: normas que regulam ação penal, representação, perdão, renúncia, perempção, causas de extinção da punibilidade etc. Aplica-se a regra do direito penal da retroatividade da lei mais benigna.

2. (Re)Leitura Constitucional do Princípio da Imediatidade: o art. 2º do CPP deve ser lido à luz do art. 5º, XL, da CB. Não se pode pensar o direito penal desconectado do processo penal e vice-versa, devendo ser feita uma análise à luz do sistema penal. O gênero “lei penal” abrange as espécies lei penal material e lei penal processual, regidas pelo mesmo princípio constitucional da irretroatividade da lei mais gravosa e retroatividade da lei mais benigna. O caráter mais benigno ou mais gravoso é feito a partir da ampliação ou compressão da esfera de proteção constitucional. As normas meramente procedimentais, que não impliquem aumento ou diminuição de garantias, são consideradas de conteúdo neutro, sendo regidas, então, pelo princípio da imediatidade.

LEI PROCESSUAL PENAL NO ESPAÇO:

Vige o princípio da territorialidade do art. 1º do CPP, não havendo a mesma problemática do direito penal, que admite a extraterritorialidade. Assim, a lei penal pode ser aplicada fora do território nacional nos casos do art. 7º do CP, mas as leis processuais penais não podem, pois não possuem extraterritorialidade.