

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a ocorrência da ultratividade da norma processual penal de conteúdo material, também conhecida como norma mista ou híbrida. Esse estudo sobre a ultratividade da norma requisita uma profunda abordagem da eficácia da lei no tempo. Geralmente a lei no Direito Processual Penal dá uma aplicabilidade imediata a todos os casos ocorridos antes da sua vigência, mas, se por acaso, as normas que vierem a ser revogadas também tiverem caráter material, deverá ser aplicado o princípio que ensina o Direito Penal, que é o da irretroatividade da lei, em que só pode a lei retroagir se for para beneficiar o acusado, o que seria o mais correto, pois é inadmissível um exagerado apego a lei causar a aplicação imediata das normas processuais em prejuízo dos direitos materialmente assegurados às pessoas. Será analisada nessa dissertação a discussão numa visão puramente processual através da análise da legislação, em que se compreenderá em que medida as leis processuais penais mistas serão aplicáveis e quais serão os seus efeitos.

Palavras-chave: Ultratividade. Direito Intertemporal. Norma Processual Penal. Norma processual material.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO I – A CONTROVÉRSIA DA NORMA PROCESSUAL PENAL	13
1.1 A Lei Penal e seus Conflitos no Tempo	13
1.1.1 Extra Atividade da Lei Penal	14
1.1.2 Irretroatividade da Lei Penal	17
1.2 Leis Temporárias e Excepcionais	18
1.3 Lei Penal em Branco	19
1.4 Lei Intermediária	20
1.5 Combinação de Leis Penais	21
1.6 Aplicação da Lei Processual Penal de Conteúdo Material no Tempo e suas correntes	23
CAPITULO II – ULTRATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL DE CONTEÚDO MATERIAL PERANTE CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	25
2.1 Princípios Constitucionais.	25
2.1.1 Princípio do devido processo legal	26
2.1.2 Princípio da publicidade	27
2.1.3 Princípio do contraditório	28
2.1.4 Princípio da ampla defesa	29
2.1.5 Princípio da legalidade	30
2.1.6 Princípio da presunção de inocência	31
2.2 Princípio da Irretroatividade e da Ultratividade da Lei Perante a Constituição Federal de 1988	32
CAPITULO III - A ULTRATIVIDADE NO PROTESTO POR NOVO JURI E NA LEI 12.403/2011	39
3.1 Protesto por novo Júri	39

CONSIDERAÇÕES FINAIS _____ **44**

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA _____ **46**

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a ultratividade da norma processual penal de conteúdo material, e tem por objetivo analisar a viabilidade de aplicação desse princípio junto às normas processuais de conteúdo material em casos em que a lei foi revogada, e substituída por uma lei mais prejudicial ao acusado.

Esse assunto é um dos que mais geram controvérsias e complicações práticas no meio jurídico, o da “aplicação da lei no tempo”. Há uma grande dificuldade de assimilação e de aplicação prática da lei temporal, não só no direito penal com nos diversos ramos do direito, cenário este que ainda piora pela instabilidade e inconstância da lei, pois como se observa, não raro, é grande o número de mudanças legislativas em curtos espaços de tempo.

Apesar de ser uma matéria de cunho geral do Direito, como determina a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), em seu art.5º, inciso XL, esse tema se apresenta de diversas formas, de acordo com o ramo do Direito a que está atribuído.

O estudo da lei no tempo no direito criminal toma contornos próprios, pois é nesse ramo que se mostram as maiores ressalvas quanto aos mandamentos gerais da segurança jurídica, verificados como regra geral na Constituição Federal e em atos normativos infraconstitucionais.

Quando se trata da aplicação da lei processual penal no tempo, o Código de Processo Penal adotou, em seu artigo 2º, o princípio *tempus regit actum*, sendo o ato processual penal regulado pela lei que estiver em vigor no dia em que foi praticado o crime, ou seja, esse ato tem aplicação imediata. Para esse princípio a lei não pode alcançar fatos ocorridos anteriormente ao início de sua vigência, nem ser aplicada àqueles ocorridos após sua revogação.

O problema é quando se depara com certa modificação da lei processual penal, pois grande parte da doutrina, quando fala desse princípio o analisa somente na esfera do Direito Penal, como se o processo penal não estivesse na esfera do direito criminal, como se o “tal” *tempus regit actum* tivesse a força normativa da Constituição.

A norma processual penal tem aplicabilidade imediata, mas se a lei contiver um conteúdo de natureza material e vier a ser revogada, deverá ser aplicado o

princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa para o acusado, nesse sentido a lei só pode retroagir se for para beneficiar o réu. Seria uma afronta à CF/88 se a aplicação imediata da lei processual vigorasse em detrimento aos direitos materiais que já estão assegurados aos indivíduos.

Conforme discorre Bitencourt (2006, p.207),

Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as conseqüências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal.

O desafio deste trabalho é aferir a aplicabilidade do princípio da ultratividade às normas processuais penais.

Ao longo do trabalho, mais precisamente em seu primeiro capítulo intitulado como a controvérsia da norma processual penal, será analisado a aplicação da lei penal no tempo e seus conflitos. Dissertar-se-á sobre leis temporárias e excepcionais bem como leis intermediárias e sobre combinações de leis penais.

No segundo capítulo que terá o título de ultratividade da lei processual penal de conteúdo material perante a CF/88 o trabalho progredirá falando a respeito da ultratividade da lei penal numa visão constitucional discorrendo sobre princípios e suas teorias.

E por fim no terceiro capítulo será analisado o princípio da ultratividade junto à Lei 12.403/11 e ao recurso de processo por novo júri, mostrando argumentos contrários e a favor do tema.

Diante das diversas teses doutrinárias e jurisprudenciais criadas sobre o tema da ultratividade da norma processual penal de conteúdo material, a polêmica gerada suscita várias dúvidas aos aplicadores do Direito. Por isso, este trabalho propõe discutir as controvérsias jurídicas existentes sobre o assunto, e em especial as tendências adotadas pelos Tribunais Superiores em suas decisões, oferecendo uma visão atualizada do entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial a respeito.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Para que se tenha um melhor entendimento sobre o tema “Ultratividade da norma processual penal de conteúdo material”, é de extrema importância o entendimento sobre alguns conceitos.

Serão considerados os seguintes conceitos; “ultratividade”, “direito intertemporal”, “norma processual penal” e “norma processual material”.

Segundo Greco (2013, p.87), no que tange à ultratividade a doutrina entende que ocorre quando a lei, mesmo depois de revogada, continua a regular os fatos ocorridos durante a sua vigência.

Para Guilherme de Souza Nucci (2007, p.60), “é a aplicação de uma lei penal benéfica, já revogada a um fato (sentença) ocorrido antes de sua vigência.”.

Enfim, ultratividade é um princípio do direito que tem uma relação próxima com os princípios do Direito Constitucional da reserva legal e da anterioridade da lei penal, sendo muito comum estudá-la quando se ensina direito temporal na atuação das normas jurídicas, e ganha maior importância quando a estudamos no Direito Penal.

Com relação ao direito intertemporal, Carlos Maximiliano (1955, p.28) explana que, “o Direito Intertemporal é o disciplinador das relações jurídicas surgidas ou reinantes no tempo intermediário entre o domínio de uma norma e o império da subsequente”.

O direito intertemporal está sujeito à regra básica que diz que a lei nova tem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, mas sem prejudicar os direitos processuais já adquiridos.

Ademais, Cintra; Grinover; Dinamarco. (1988, p.96) “chama-se direito processual o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado”.

Aury Lopes Junior (2010, p.126), distingue leis penais puras, leis processuais penais puras e as leis mistas.

A primeira é aquela que disciplina o poder punitivo estatal, é o conteúdo material do processo, cabendo para o Direito Penal (tipificação de crimes, pena máxima e mínima, regime de cumprimento) a retroatividade da lei penal mais branda e irretroatividade da lei mais maléfica. A segunda para ele regula o início, desenvolvimento ou fim de um processo, e seus institutos processuais (perícia, rol de testemunhas, forma de realizar atos

processuais, ritos), ademais, aplicando-se o princípio da imediatidade, não ocorre o efeito retroativo. Por fim, a última possui peculiares características penais e processuais, aplicando-se para tais casos as regras do Direito Penal, no caso a lei mais branda retroage e a mais gravosa não.

O que distingue direito material e direito processual é que direito processual cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo. Conceito também dado por Tourinho Filho (2008, p. 102):

As normas processuais penais materiais são normalmente institutos mistos /híbridos, estudados tanto no Direito Penal, como no Processo Penal e aceitam a retroatividade em razão de sua dupla natureza. Como outros exemplos, temos perempção, o perdão, a renúncia, a decadência, e outros.

Outro conceito que se dá às normas processuais penais é que, as normas processuais penais materiais híbridas, apesar de estar no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes na investigação ou durante o processo, têm forte conteúdo de Direito Penal.

CAPÍTULO I – A CONTROVÉRSIA DA NORMA PROCESSUAL PENAL

1.1 A Lei Penal e seus Conflitos no Tempo

Primeiramente é importante ressaltar que, no estudo da transição das leis penais, deve-se considerar que estas leis, como as demais, nascem, vivem e morrem.

Tal fenômeno é entendido como processo legislativo, que compreende, segundo leciona Dotti (2010, p. 125):

(...) a elaboração de emendas à Constituição, de leis complementares e de leis ordinárias o doutrinador salienta, ainda, que na esfera penal, não se admite a previsão de infrações penais, tampouco a cominação de penas e medidas de segurança e a criação de normas de outra natureza por meio de medidas provisórias, de leis delegadas, de decretos legislativos e de resoluções.

Consoante Damásio Jesus (2005, p.66), que a “lei penal, como todas as outras, nasce por meio de sua elaboração pelo poder legislativo. Na ocasião em que se apresenta sancionada, promulgada e publicada, passa a vigorar no ordenamento jurídico”.

Tal processo ocorre em quatro momentos distintos, quais sejam: 1º- sanção, que lhe dá integração formal e substancial ao ordenamento jurídico; 2º- promulgação, que lhe confere existência e proclama a sua executoriedade; 3º- publicação, de que deriva sua obrigatoriedade, ainda entendida como eficácia, ao entrar em vigência e; 4º- revogação, que a extingue, total ou parcialmente.

Para Salim e Azevedo (2012, p. 202):

Pelo princípio da continuidade da lei a norma jurídica permanece em vigor até que outra lei a revogue, o que não é diferente com a lei penal. Revogação é a expressão genérica que traduz a ideia de cessação da existência da regra obrigatória, em virtude de manifestação, nesse sentido, do poder competente. Portanto, a perda da vigência da lei. Toda e qualquer lei pode ser competente. É, portanto a perda de vigência da lei. Toda lei pode ser revogada, pois é vedada a edição de leis irrevogáveis.

Mas há uma ressalva à aplicação do *tempus regit actum*, que é o fenômeno da extra-atividade, que no campo penal realiza-se de duas maneiras: a) retroatividade, que é a aplicação de uma lei penal nova mais benéfica a um fato

acontecido antes do seu período de vigência b) ultratividade, que é a utilização de uma lei penal benéfica, já revogada a um fato já ocorrido antes de sua vigência.

Na visão de Mirabete e Fabrini (2013, p. 42):

No direito a regra geral é a aplicação da lei à época dos fatos (*tempus regit actum*). De acordo com o princípio *tempus regit actum*, a lei rege em geral os fatos praticados durante a sua vigência. Não pode em tese alcançar fatos ocorridos em período anterior ao início da sua vigência nem aplicada aqueles ocorridos após a sua revogação. Mas por disposição na própria lei é possível a ocorrência da retroatividade e da ultratividade da lei. Denomina-se retroatividade o fenômeno pelo qual uma norma jurídica é aplicada a fato ocorrido antes do início de sua vigência e ultratividade a aplicação dela após a revogação.

Havendo conflito de leis penais com o surgimento de novos preceitos jurídicos após a prática do fato delituoso, será aplicada sempre a lei mais favorável. Isso significa que a lei penal mais benigna tem extra atividade (é retroativa e ultrativa) e, *contrário sensu*, a lei mais severa não tem extra atividade (não é retroativa nem ultrativa).

Resumindo, existem então dois princípios que são preponderantes quando se fala em conflitos de leis penais no tempo: o da extra atividade da lei mais benigna (*lex mitior*), e o da não extra atividade da lei mais severa (*lex gravior*).

1.1.1 Extra Atividade da Lei Penal

Prevalece sobre a lei mais severa a lei mais benigna, continuando além do instante de sua revogação, ou retroagindo ao tempo em que sua vigências não existia mais. É ultrativa e retroativa, essas duas qualidades da mais benigna recebem o nome de extra atividade.

Rogério Greco (2013, p.79), conceitua extra atividade da seguinte forma:

(...) é a capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo regulando fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo depois de retroagir ou de ter sido revogada, ou de retroagir no tempo, a fim de regular situações ocorridas anteriormente à sua vigência, desde que benéficas ao agente.

Dá-se extra atividade da lei penal mais benéfica em duas hipóteses: *abolitio criminis* e *novatio legis in melius*.

A abolição de crime (*abolitio criminis*) ocorre quando a lei nova deixa de considerar crime/contravenção penal o fato que foi tipificado anteriormente como ilícito penal. Nesse caso, o legislador retira a ilicitude da conduta, descriminalizando o ato que outrora era considerado como delito.

Dispõe o art. 2º do Código Penal que “ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixar de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

Ensina Cunha (2013, p. 100) que:

A abolição do crime representa a supressão da figura criminosa. Trata-se de revogação de um tipo penal pela superveniência de lei descriminalizadora e ocorre sempre que o legislador, atendendo às mutações sociais (e ao princípio da intervenção mínima), resolve não mais incriminar determinada conduta, retirando do ordenamento jurídico-penal a infração que a previa, julgando que o Direito Penal não mais se faz necessário à proteção de determinado bem jurídico.

Pode-se dizer, assim, que trata este dispositivo da aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benigna. Ou seja, a nova lei, que se presume ser mais perfeita que a anterior, demonstrando não haver mais, por parte do Estado, interesse na punição do autor de determinado fato.

Para Mirabete e Fabrinni, (2013, p. 53) “se uma nova lei não mais considerar como crimes fatos como o adultério, o aborto, não poderão ser responsabilizados penalmente seus respectivos autores, ainda que tenham praticado a conduta durante a vigência da lei anterior”.

Segundo Damásio de Jesus (2005, p.29) “com a *abolitio criminis* há a extinção do direito de punir do Estado”.

Há as várias etapas da persecução criminal que podem ser afetadas com a superveniência de lei que não mais considera um fato como criminoso, a seguir:

1. A persecução criminal ainda não foi movimentada, situação em que o processo não pode ser iniciado;
2. O processo está em andamento, situação em que deve ser “trancado” mediante decretação da extinção de punibilidade;
3. Já existe sentença condenatória com trânsito em julgado: a pretensão executória não pode ser efetivada, ou seja, a pena não pode ser executada;
4. O condenado está cumprindo a pena, situação em que, decretada a extinção da punibilidade, deve-se livrar solto.

Ocorre quando a lei posterior que traz de certa forma algum benefício, para o agente do fato (a lei nova beneficia a situação do acusado).

Já Dotti (2010, p.34) afirma que:

O advento de uma lei nova poderá beneficiar o agente não apenas quando descriminaliza o fato anteriormente punível, mas quando institui uma regra de Direito Penal que: a) altera a composição do tipo de ilícito; b) modifica a natureza, a qualidade, a quantidade ou a forma de execução da pena; c) estabelece uma condição de punibilidade ou processabilidade; d) de qualquer outro modo é mais favorável.

Regula o assunto o art. 2º parágrafo único do Código Penal, com a seguinte redação: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Para Rogério Greco (2013, p.87),

O artigo supracitado refere-se aos dispositivos da lei nova que ainda incriminando o fato comina penas menos rigorosas em qualidade ou quantidade, ou favorece ao agente de outra forma, acrescentado circunstância atenuante não prevista, eliminando a agravante, prevendo a suspensão condicional com maior amplitude, estabelecendo novos casos de extinção da punibilidade e reduzindo requisitos para a concessão de benefícios.

No mesmo sentido, Delmanto et. *al.* (2013, p.69), dispara, de forma contundente, o alcance do parágrafo único do art. 2º do Código Penal afirmando que:

(...) a redação desse parágrafo único deixa incontestável que a retroatividade benéfica não sofre limitação alguma e alcança sua completa extensão, sem dependência do trânsito em julgado da condenação. E conclui, ensinando que, basta, apenas, que a lei posterior favoreça o agente de qualquer modo para retroagir em seu benefício.

Em regra possível a verificação hipotética de qual a lei penal mais benéfica. Quando a lei penal anterior e a posterior forem de fácil constatação naquilo em que beneficiar o réu, aplicar-se-á sempre mais vantajosa ao agente.

Mas quando ocorrer casos mais complexos, para Delmanto (2013, p. 85), “não basta a comparação, em abstrato, de duas leis penais, para descobrir-se qual é a mais benéfica. Elas devem ser comparadas em cada caso concreto, apurando-se quais seriam os resultados e conseqüências da aplicação de uma e de outra”.

Nessas ocasiões, é necessário que o juiz verifique o concreto, comparando-as leis questionadas, e verificando qual será a mais benéfica ao acusado. Se a dúvida persistir, a doutrina tem entendido que se deve perguntar ao réu, qual das leis lhe parece ser a mais favorável, sempre aconselhado pelo seu defensor.

Em resumo, a *novatio legis in melius*, (lei que melhora a situação do réu) assim como a *abolitio criminis* (abolição do crime), retroage para beneficiar o criminoso, adaptando-se imediatamente aos processos que estão em andamento, sentenciados ou não, e também à execução penal.

1.1.2 Irretroatividade da Lei Penal

Quando há irretroatividade da lei penal ela não se aplica a fatos que correram antes da sua vigência, sendo, portanto, irretroativa.

A lei mais severa é orientada pela irretroatividade e pela não ultratividade possuindo como especiais a *novatio legis in pejus* e *novatio legis incriminadora*.

O evento jurídico da *novatio legis in pejus* ocorre quando a lei nova é mais severa do que a lei anterior. Diante do princípio da retroatividade da lei penal benigna, a lei nova que agrava a situação não tem aplicação na esfera penal brasileira.

Quando a lei posterior agrava a situação do sujeito, sem abolir precedentes ou criar novas incriminações, ela não retroage. Neste caso há duas leis em conflito: a anterior, mais benigna ao réu, e a posterior, mais severa. Em relação a esta se aplica o princípio da irretroatividade da lei mais severa; quanto àquela, o da ultratividade da lei mais benéfica.

Para Mirabete e Fabbrini (2013, p. 89):

(...) incluem-se aí as situações em que as leis posteriores cominam pena mais grave em qualidade, para o caso de reclusão em vez de detenção, por exemplo, ou quantidade, no que se refere aos limites de duração da reprimenda, ou ainda, se acrescentam circunstâncias qualificadoras ou agravantes não previstas anteriormente, se eliminam atenuantes ou causas de extinção da punibilidade, se exigem mais requisitos para a concessão de benefícios, dentre outras.

Destaca-se também que as medidas de segurança também se encontram abraçadas por esse princípio. Decisões que majoram ou agravam as medidas de segurança também não podem retroagir para atingir fatos passados. Leis que versam sobre medida de segurança são também consideradas leis penais.

Quando se trata de *novatio legis incriminadora* também chamada de lei nova que incrimina, ou seja, uma lei posterior que criminaliza determinada conduta, aplica-se a regra geral da irretroatividade penal.

Segundo Capez (2007, p. 56) “é a lei posterior que cria um tipo incriminador, tornando típica a conduta considerada irrelevante penal pela lei anterior”.

Em linhas gerais, Damásio Evangelista de Jesus (2005, p.101) diz que “ocorre a lei nova incriminadora quando um ato antes indiferente à luz da lei penal antiga passa a ser considerado crime pela lei posterior. Aqui, consoante, tem império a regra geral do tempo rege o ato”.

Portanto, em decorrência da *máxima nullum crimen nullum Poena sine praevia lege*, ou seja, “não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa”, as condutas que se tornaram supervenientemente crime não retroagem, sendo aplicáveis a partir de sua vigência.

1.2 Leis Temporárias e Excepcionais

Estão previstas no artigo 3º do Código Penal. A lei temporária é aquela que tem prazo determinado de vigência, é a norma que foi instituída por certo e determinado lapso temporal de vigência. Já a lei excepcional também chamada de lei temporária em sentido amplo é aquela feita para valer em situações anormais, tendo sua vigência ligada ao tempo que durar circunstância emergencial que a criou.

Damásio Evangelista de Jesus (2002, p. 31) define que, “leis penais temporárias são aquelas que possuem vigência previamente fixada pelo legislador. E leis penais excepcionais são aquelas promulgadas em casos de calamidade pública, guerras, revoluções, cataclismos, epidemias etc.”

Para Gomes (2003, p.184),

A lei temporária é a que conta com o período certo de duração, leia-se lei com data previamente fixada de cessação da sua vigência. E a lei

excepcional é a lei elaborada para reger fatos que ocorrem em tempo anormal (calamidade publica inundação, guerra, etc.).

Ensina Delmanto *et.al* (2007, p.29) que:

(...) a regra da retroatividade benigna não se aplica as leis excepcionais e temporárias (...) são normas de natureza especial, claramente editadas para vigorar apenas em situações anormais, editadas para vigorar apenas em situações anormais ou durante o tempo determinado.

Portanto as leis excepcionais ou temporárias não se sujeitam a regra que esta no artigo 2º do Código Penal, que é a regra da retroatividade da lei mais benigna ao agente acusado, pois que caso isso ocorresse todos os réu de delitos praticados durante a vigência da lei intermitente (excepcional ou temporária) seriam beneficiados, ficando livres da responsabilidade penal.

No mesmo sentido Guilherme de Souza Nucci, (2007, p. 33), explana que:

(...) essa leis não respeitam a regra previstas no art. 2º do Código Penal, ou seja, o princípio da retroatividade benéfica. Se o fizessem seriam inócuas, pois cessado o prazo de sua vigência, todos os criminosos que estivessem sendo punidos pela pratica de infrações penas, nesse período excepcional ou temporário teriam benefícios. Essa leis são sempre lucrativas, a fim de manter sempre o seu poder intimativo.

Em suma tanto a lei excepcional quanto a temporária são espécies do gênero leis auto revogáveis cuja característica essencial é a ultratividade (aplica-se ao fato realizado durante a sua vigência, mesmo depois de revogada).

1.3 Lei Penal em Branco

Normas penais em branco são aquelas em que há uma precisão de complementação para que se possa entender melhor o âmbito da aplicação de seu preceito originário.

Embora exista uma conceituação da conduta proibida, esse conceito requer, obrigatoriamente, um complemento retirado de outro diploma, que são as leis, decretos, regulamentos etc. para que possam se entender os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível a sua aplicação.

Pontifica Delmanto *et al.* (2007, p 203),

Podem ser homogêneas quando são complementadas por normas originárias da mesma fonte ou órgão, ou se tratando de tipo penal aberto, quando o complemento é encontrado em outra lei editada pelo próprio Poder Legislativo. Ou heterogêneas quando seu complemento provém de fonte ou órgão diverso, ou seja, nas hipóteses em que o complemento da lei penal provém de fonte ou órgão diverso.

As normas penais em branco nada mais são que um tipo penal incompleto, deficiente de aplicação por si só, que procura se completar em outra norma. Sua importância é a manutenção do preceito básico, que pode ser adequado a novas realidades apenas com a mudança da lei complementar, geralmente sujeita a processo de elaboração mais simplificado.

Não se pode confundir norma penal em branco com a norma penal aberta, que, no dizer de Damásio de Jesus (2005. p. 59) é aquela que, “não apresenta a descrição típica completa e exige uma atividade valorativa do Juiz. Nele, o mandamento proibitivo inobservado pelo sujeito não surge de forma clara, necessitando ser pesquisado pelo julgador no caso concreto”.

Seriam tipos penais abertos, por exemplo, os delitos culposos.

Lembrando que há diferença entre norma penal em branco e as leis penais incompletas ou imperfeitas. Normas penais incompletas são aquelas que possuem, apenas, o preceito incriminador (conduta proibida), remetendo o intérprete a outra norma para se conhecer a sanção penal

1.4 Lei Intermediária

É a lei que não existe nem a da data do fato nem na época da sentença. É o caso que ocorre quando há a vigência de três leis sucessivas, e que se aplica sempre a mais benigna, da seguinte maneira: quanto ao fato, ela retroage; quanto à sentença, ela será ultrativa. A posterior será retroativa quanto às anteriores e a antiga será ultrativa em relação às leis que a sucederem.

Mirabete e Fabbrini (2013. p.49) explicam que:

No caso de três leis sucessivas, deve-se aplicar a lei mais benigna, entre elas: a posterior que será retroativa quanto às anteriores e a antiga será ultrativa em relação àquelas que a sucederam. Se as leis que se sucedem,

surge uma intermediária mais benigna, embora não seja nem a do tempo do crime nem daquela em que a lei vai ser aplicada, essa lei intermediária mais benévola deve ser aplicada segundo o art.2º parágrafo único do Código Penal.

Outro exemplo é dado por Salim e Azevedo (2012, p.203),

Quando o agente praticar o fato sob vigência de uma determinada lei, surgindo, após, sucessivamente, outras duas, regulando a mesma conduta, sendo a intermediária a mais benigna. Trata-se na verdade, de um conflito intertemporal entre duas leis apenas, a segunda e a terceira, já que a primeira, por se mais severa, é ab-rogada pela intermediária.

Esta, portanto, mais favorável que as outras duas retroage em relação à primeira e possui ultratividade em relação à terceira.

1.5 Combinação de Leis Penais

Alguns autores são favoráveis a combinação de leis, outros contra. Os autores que discordam argumentam que se permitida a combinação o juiz estaria criando uma terceira lei.

Fala-se em combinação de leis quando, a fim de atender aos princípios da ultratividade e da retroatividade *in mellius*.

Segundo Greco (2013, p. 41) “ao julgador é conferida a possibilidade de extrair de dois diplomas os dispositivos que atentam aos interesses do agente, desprezando aqueles outros que o prejudiquem”.

Para Bitencourt (2013, p.102),

É uma questão tormentosa a ser analisada, no conflito intertemporal, pois na busca da lei mais favorável, é possível conjugar os aspectos favoráveis da lei anterior com os aspectos favoráveis das leis posteriores. Parte da doutrina nacional e estrangeira opõe-se a possibilidade, pois representaria a criação de uma nova lei, transferindo ao juiz o poder de legislar.

Segundo Nucci (2007, p. 35), “se houvesse permissão para a combinação de leis, estar-se-ia colocando em risco a própria legalidade, pois o magistrado, ao fazê-lo, criaria norma inexistente, por mais que se queira dizer tratar-se de mera integração de leis.”

Mas por sua vez, em posicionamento contrário Mirabete e Fabbrini (2013, p. 75), enfatizam que:

Alguns doutrinadores entendem que na hipótese de a lei nova favorecer o agente em um aspecto, possibilitando-lhe o *sursis*, por exemplo, e prejudicá-lo em outro, cominando pena mais severa em quantidade, deverá ser aplicada apenas uma lei, a que, afinal, favorece o agente. E, concluem o ensinamento ao afirmar que a melhor solução, porém, é a de que pode haver combinação de duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos.

No mesmo sentido afirma também Damásio Evangelista de Jesus (2005, p. 42), que:

Aceita-se plenamente a combinação de leis se o Juiz pode aplicar o “todo” de uma ou de outra lei para favorecer o sujeito, não vemos por que não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional, e finaliza, se ele pode escolher uma ou outra lei para obedecer ao mandamento constitucional da aplicação da *lex mitior*, nada o impede de efetuar a combinação delas, com o que estaria mais profundamente seguindo o preceito da Carta Magna.

Frisa-se que o Supremo Tribunal Federal na maioria dos julgados adota que não poderá haver uma combinação de leis penais como exemplificado acima, em um julgado em que a Ministra Carmem Lúcia foi relatora em 01 de fevereiro de 2011.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DE CRIME DE TORTURA PARA CRIME DE MAUS-TRATOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. 1. Alegação de contrariedade ao art. 5º, inc. LIII, LIV e LV, da C.F: impossibilidade de análise da legislação infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. 2. Impossibilidade de combinação de normas benéficas contidas em leis penais diversas. 3. Concessão de habeas corpus de ofício: não cabimento. Matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 84.037, (STF - AI 729498 ED Relator (a): Min. CÂRMEN LÚCIA, 1º Turma, julgado em 01/02/2011, DJe-044 DIVULG 04-03-2011 PUBLIC 09-03-2011 EMENT VOL-02477-03 PP-00563).

Essa é uma questão controvertida apesar da Corte Suprema ter já se posicionado algumas vezes num certo sentido em que não poderá haver combinação de penas, pois dessa forma o magistrado estaria criando uma terceira lei.

1.6 Aplicações da Lei Processual Penal de Conteúdo Material no Tempo e suas Correntes

A doutrina classifica as normas penais em normas processuais penais materiais, e normas processuais penais propriamente ditas. As primeiras tratando de temas ligados ao *status libertati* do acusado, que devem ser submetidas ao princípio da retroatividade benéfica, as segundas por serem vinculadas ao procedimento aplicam-se de imediato e não retroagem, mesmo que prejudiquem o acusado.

Ensina Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 138) que:

Aplica-se a lei processual penal tão logo entre em vigor e, usualmente, quando é editada nem mesmo *vacatio legis* (período próprio para o conhecimento do conteúdo de uma norma pela sociedade em geral, antes de entrar em vigor) possui, justamente por ser norma que não implica a criminalização de condutas, inexigindo período de conhecimento da sociedade.

A lei processual penal passa a valer imediatamente, apreciando processos em pleno desenvolvimento, porém não compromete os atos alcançados na vigência da lei anterior, ela não tem efeito retroativo.

Segundo o disposto art. 2º do Código de Processo Penal, para Mirabete e Fabrinni (2013, p.91):

A lei processual penal aplicar-se-á desde logo sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Não há que se cogitar no caso de lei mais benigna ou mais severa. A partir da data de início da vigência, a lei posterior passa a regular os atos processuais, a competência etc. salvo disposição expressa ao contrário), permanecendo válidos os atos já praticados.

Mas em sentido oposto ao já suscitado o professor Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 163) assim ensina que:

Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as conseqüências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal.

No entanto, que a irretroatividade da “lei penal” deve também compreender, pelas mesmas razões, a lei processual penal, a despeito do que dispõe o art. 2º do Código de Processo Penal, que determina, como regra geral, a aplicação imediata da norma, vez que deve ser (re) interpretado à luz da Constituição Federal

Para Nucci (2007, p. 39),

Quando alguma regra é alterada acontecerá, por vezes, reflexos incontestáveis no Direito Penal. Por exemplo: nos casos em que a norma incluía outra forma de perempção, mesmo se referindo a circunstâncias futuras, podem ocorrer, em casos concretos, que o processado seja favorecido com a norma recém-criada. Ela é retroativa para o fato de extinguir a punibilidade do réu, pois tem efeito no direito material (art. 107, IV, CP).

Outra não é a opinião de Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (1998, p.137) que afirma

Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.

No mesmo sentido Delmanto *et. al* (2013, p.42), “é pelo simples fato de uma norma esta inserida no Código de Processo Penal que ela passa a ostentar qualidade de cunho estritamente processual.”

A propósito, inúmeras são as regras constantes de nossa lei adjetiva penal que no fundo, são normas de direito penal, bastando para tal nos deportarmos, entre outras, as regras atinentes à prescrição e a decadência, que encontram tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal.

Na visão de Nestor Távora e Alencar (2009 p. 110), “nas hipóteses de incidência de norma processual penal material, segundo entendimento doutrinário prevalecente, embora haja posicionamentos em sentido contrário, não deve haver cisão da norma entre a parte penal e processual penal”.

Sem dúvida o assunto da retroatividade da lei processual penal, embora já não seja mais uma novidade, é muito polêmico, questão que sem dúvida merece muitas reflexões e discussões.

CAPITULO II – ULTRATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL DE CONTEÚDO MATERIAL PERANTE CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Princípios Constitucionais.

Princípios são definidos como sendo as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico ou de parte dele. Seu campo de incidência é muito mais amplo que o das regras, podendo, entre eles haver colisão, e quando colidem, não se excluem. Sempre poderão ter sua incidência em casos concretos, às vezes, concomitantemente dois ou mais deles.

Como toda lei que nasce no ordenamento jurídico brasileiro, a lei processual penal de conteúdo material também chamada de híbrida ou mista devem se nortear pelos princípios da Lei Maior, é fundamental que o Estado Democrático de Direito em todas a suas searas do direito busque uma sociedade mais justa, a valorização da dignidade da pessoa humana e o respeito às leis.

Os princípios presentes em nossa CF/88 rege o Direito Penal e Processual Penal, e norteiam o legislador quanto à elaboração da norma, os Juízes para fazer a aplicação, e os operadores do direito em geral.

Para Eugênio Pachelli de Oliveira (2011, p. 115),

Os princípios se apresentam como formas que fundamentam do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. Portanto o Direito Processual Penal é essencialmente um Direito de fundo constitucional

Sendo a Constituição de um Estado sua Lei Suprema, deverá ser respeitada em todos os sentidos.

Deve ser levado em consideração que o Direito Penal e Processual Penal Brasileiro, é regido por um conjunto de normas, existindo entre elas uma relação de compatibilidade vertical. Não sendo diferente portanto para a lei processuais híbridas.

No nosso sistema jurídico podemos ressaltar que a CF/88 que traz em seu conteúdo diversos princípios norteadores constitucionais de grande importância para

o Direito Penal e Processual. Esses códigos são leis ordinárias que se figuram como instrumento *expert* de aplicação das leis.

Deve-se observar que o direito é uno e indivisível, e está se dividido em segmentos, mas com finalidade meramente didática, pois o Direito Penal e Processual Penal estão interligados a todos os ramos do Direito, especialmente Direito Constitucional.

Segundo Oliveira (2011, p. 93),

Em relação ao processo enquanto sistema jurídico de aplicação do Direito Penal, estruturado em sólidas bases constitucionais, pode-se adiantar a existência de alguns princípios absolutamente infestáveis, e, por isso, fundamentais, destinados a cumprir a árdua missão de proteção e tutela dos direitos individuais.

Dentre os princípios da CF/88, encontram-se os direitos e garantias individuais do cidadão e o respeito pela integridade da pessoa humana. Preceitos positivados em todas as ordens democráticas.

2.1.1 Princípio do devido processo legal

O Princípio do Devido Processo Legal, só foi surgir expressamente no Brasil, na Constituição Federal de 1988, apesar de estar implícito nas Constituições anteriores.

Consistem em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens. No âmbito processual consiste em garantir ao acusado a plenitude defesa.

O princípio do devido processo legal é um dos princípios constitucionais mais festejados, pois dele advém todos os outros princípios e garantias constitucionais. Ele é a base legal para que se aplique de todos os demais princípios, independente da seara do direito processual, inclusive nas searas do direito material ou administrativo.

Esse princípio garante a eficácia dos direitos garantidos ao cidadão pela nossa CF/88, pois as outras garantias seriam insuficientes sem o direito a um processo seguro.

Preceitua a Constituição Federal que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, para Rangel (2001, p 72), “o princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens”.

A tramitação legal e regular do processo é uma garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados não sendo admissível nenhuma restrição aos que não as previstas em lei.

Os tribunais brasileiros entendem que a defesa dos princípios constitucionais se faz necessária para dar ao cidadão a efetividade de seus direitos.

Nesse sentido segue Ementa de um Recurso Extraordinário com repercussão geral prolatado pelo do Supremo Tribunal Federal:

Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.
(STF - ARE 748371 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 06/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013)

É nesta linha que o devido processo legal passa a representar a obediência às normas processuais determinadas, garantindo aos cidadãos um julgamento justo e igualitário com atos e decisões devidamente motivadas.

2.1.2 Princípio da publicidade

A publicidade dos atos processuais é a regra. Todavia, o sigilo é aceitável quando relacionado à defesa da intimidade ou quando interesse social o exigirem.

Para Paulo Rangel (2001 p. 80), “a publicidade dos atos processuais integra o devido processo legal e representa uma das mais sólidas garantias do direito de defesa, pois a própria sociedade tem interesse em presenciar e/ou conhecer a realização da justiça”.

Para Nucci (2007, p.56) “os atos processuais devem ser realizados publicamente, a vista de quem queira acompanhá-los, sem segredos e sem sigilo. E

justamente o que permite o controle social dos atos e decisões do Poder Judiciário”.

Mas em algumas situações a CF/88 faz uma ressalva e restringe a publicidade. Como nos casos expressamente previstos na lei, onde a presença de determinadas pessoas à audiência, são restringidas, surgindo aí a publicidade interna restrita. E o que ocorre no Tribunal do Júri, quando da votação na sala secreta.

Vale deixar claro que a publicidade tratada aqui se limita aos atos do processo, não projetando influência nos atos do inquérito policial.

Para Nestor Távora e Rosmar Antonni (2010, p.36), “deve-se distinguir a publicidade às partes, ou seja, a chamada publicidade interna ou específica, e a relativa ao público em geral chamado publicidade externa. Essa última é aquela que encontra mitigação pelas exceções postas no texto constitucional”.

2.1.3 Princípio do contraditório

É um princípio essencialmente ligado à relação processual, servindo tanto a acusação quanto à defesa. Para Nucci (2007, p. 26):

Toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a prevenção punitiva do Estado e o direito de liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado.

O contraditório é um princípio que junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal.

Súmula do Supremo Tribunal Federal dispõe que constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.

Mirabete (2003, p. 42) conceitua o princípio do contraditório como:

(...) aquele que decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de se apresentar as provas que lhe convenham, etc.

No processo democracia recebe o nome de contraditório. Democracia é participação, e ela se opera no processo pela efetivação da garantia do contraditório. Este princípio deve ser é a nítida manifestação do exercício democrático de um poder.

2.1.4 Princípio da ampla defesa

A ampla defesa junto com o princípio da legalidade é sem dúvida um dos princípios mais importantes do direito penal, pois dá garantia ao acusado de se defender por todos os meios de prova possíveis e legais. Este princípio, se bem aplicado, garante ao acusado a garantia de se defender das acusações a ele imputadas.

Fernando Capez (2007, p. 99) ensina que:

O princípio da ampla defesa garante ao litigante, seja em processo judicial quanto em procedimento administrativo, o direito de se defender amplamente, isso quer dizer que o acusado (processo judicial) tem o direito de se defender de qualquer meio possível, desde que não seja ilegal ou ilícito. Isso decorre do sistema acusatório adotado pela legislação pátria, onde todas as provas produzidas, em regra, poderão ser contraditadas, bem como o acusado tem o direito de se defender amplamente das acusações que lhe são imputadas.

Do princípio da ampla defesa decorre que, o acusado, tem o direito à autodefesa (sua própria defesa), bem como a uma defesa técnica, fornecida pelo seu defensor, sendo que a defesa técnica é obrigatória no nosso ordenamento (ressalvado os juizados especiais), pois a sua inexistência causaria um enorme prejuízo para o princípio da ampla defesa, gerando, desse modo, a nulidade do processo.

A defesa pode ser subdividida em defesa técnica (efetuada por profissional habilitado) e autodefesa (pelo próprio imputado). A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio.

Na lição de Fernando Capez (2007, p.54), “implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor)”.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal reduziu a amplitude deste princípio no sentido que no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Reafirma Oliveira (2011, p. 116) que, “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado”.

Observa-se, todavia, que não há qualquer relação de predominância entre uma e outra dessas realidades. Pode-se afirmar, porém, que ambas decorrem do princípio do devido processo legal, entendido este como o processo que se desenvolve em contraditório pleno e efetivo, a ampla defesa com os meios e recursos, assegurando a participação das partes em igualdade de situação.

2.1.5 O princípio da legalidade

Apesar de ser um princípio do direito penal, trata-se de um desfecho do modelo penal garantista, que reconhece o princípio da legalidade como o fundamento do Estado garantista.

No processo penal a legalidade não é tão rígida quanto a do direito penal material. Afinal o próprio Código de Processo Penal dispõe que a lei processual penal admitiria interpretação extensiva e interpretação analógica, bem como os suplementos dos princípios gerais do direito.

O princípio da legalidade vem firmado no artigo 5º, XXXIX, da CF/88, afirmando que, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. O princípio da legalidade é o mais valoroso do Direito Penal. Não existe crime se não houver lei anterior definindo-o.

Conforme leciona Rogério Greco (2008, p.80):

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: 1º) proibir a retroatividade da lei penal; 2º) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes 3º) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; 4º) proibir incriminações vagas e indeterminadas.

O direito se expressa por meio de normas, sendo que tais normas se

exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação, onde, quando ocorre essa situação, a norma tem incidência, e, quando não ocorre, não tem incidência.

2.1.6 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência tem seu marco inicial no final do século XVIII, em pleno iluminismo.

Ninguém pode ser considerado culpado antes de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse princípio afastou a aplicação da norma contida no art. 393, II do Código de Penal, que determinava a inclusão do nome do réu no rol dos culpados, logo por ocasião da sentença de primeira instância.

Para Fernando Capez (2007, p. 105) o princípio da inocência se desdobra em três aspectos:

(...) a) no momento da instrução processual como a presunção legal relativa de não-culpabilidade, intervendo-se no ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento imputado, especialmente no que concerne a análise da necessidade processual.

Esse princípio não proíbe a decretação da prisão processual do réu, uma vez que a própria CF/88 admite a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, desde que preenchidos certos requisitos descritos em lei.

Portanto, diante do cometimento de um ilícito, para que o Estado imponha pena, ele deverá respeitar o suposto autor de tal ilícito, dando-lhe todas as garantias constitucionais, e permitindo que este se defenda, e não tenha sua liberdade cerceada. Sendo necessário, portanto, que ocorra um processo, e enquanto não houver sentença transitada em julgado, em que o Estado prove a culpabilidade, o suposto autor será presumido inocente.

2.2 Princípio da Irretroatividade e da Ultratividade da Lei Perante a Constituição Federal de 1988

Quatro conceitos, ainda que ligados, são aplicados junto às normas jurídicas: validade, vigência, vigor e eficácia.

O conceito de validade indica que a norma pertence ao ordenamento jurídico, pois foi criada por autoridade competente, veiculada por instrumento adequado e relaciona-se de modo coerente com as demais normas jurídicas superiores.

A vigência indica que a norma pode, em tese, produzir efeitos.

O vigor, por sua vez, é a força obrigatória de uma norma. Uma norma com força obrigatória pode ser socialmente respeitada, possuindo, então, eficácia.

Em tese, uma norma pode tornar-se válida e possuir vigência e vigor. Isso irá ocorrer se houver um “período de vacância” entre a data de sua publicação e o início de sua produção de efeitos. Quando a norma torna-se vigente, adquire vigor, pois ganha força obrigatória ante as pessoas e os agentes públicos. Se a norma for seguida, produzirá seus efeitos (terá eficácia).

Sendo a Constituição de um Estado sua Lei Suprema, deverá ser respeitada em todos os sentidos.

Dentre os princípios da Constituição Federal do Brasil, encontram-se os direitos e garantias individuais do cidadão e o respeito pela integridade da pessoa humana. Preceitos positivados em todas as democracias.

A obra de Cesare Beccaria (1996, p.85) marcou o início de um novo período para o Direito Penal, o chamado período humanitário. Em sua obra “Dos Delitos e das Penas” foi formulado que:

Dentre os principais princípios do Direito Penal se destacam: só às leis cabe prescrever os crimes e cominar as penas; só ao legislador cabe a elaboração das leis; os julgamentos devem ser públicos; as torturas devem ser abolidas; as penas de morte devem ser abolidas.

O Princípio da Irretroatividade da Lei Penal foi consagrado expressamente pela primeira vez em uma legislação na Declaração Francesa dos Direitos do Homem.

Estes princípios penais humanitários gradativamente passaram a integrar a ordem jurídica da grande maioria dos países civilizados, coibindo a ação estatal

ilimitada, e protegendo os cidadãos sujeitos à repressão penal do Estado.

Portanto não há que se falar em inovação da Ordem Constitucional em relação ao Princípio da Irretroatividade da Lei penal. Em breve histórico, pode-se observar que a irretroatividade sempre esteve presente na legislação pátria ou mesmo luso-brasileira

A Constituição pátria de 1824, na esteira dos direitos liberais da Revolução Francesa, proclamou a irretroatividade das leis em geral. Atente-se que não se referia à lei penal especificamente, mas, sim a todas as leis em geral. Idêntico preceito continha a Constituição de 1891.

A Constituição de 1934, trouxe o princípio da irretroatividade para a seara penal. Inovou também ao preceituar a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu. Assim, a partir de 1934, a irretroatividade da lei penal passou a ser relativizada.

Em 1948 foi firmada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecendo a dignidade, a igualdade e os direitos inalienáveis à vida e à liberdade de todos os membros da raça humana.

Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 8º assegura a toda pessoa o recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Posteriormente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada pela Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e ratificada pelo Brasil, dispõe que toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

A atual ordem constitucional trouxe inovações no campo das garantias penais e manteve certas garantias já consagradas em constituições anteriores. Impôs novas normas jurídicas, buscando harmonização da lei às mudanças das relações humanas, trouxe valores e princípios que foram colocados no texto de forma precisa e clara para que possam ser alcançados e invocados por todos.

A Constituição Federal de 1988, ainda fixou novas regras jurídicas, buscando harmonização da lei às mudanças das relações humanas. Trouxe valores e

princípios colocados no texto de forma clara e expressa para que possam ser acessíveis e invocados por todos, sendo ela concebida como instrumento de efetivação do Estado Democrático.

Art. 5º, XL, da CF/88: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Preceito este, que veio corroborar o que já estava expresso no Código Penal de 1940 que afirmava, “ninguém poderá ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

No Direito Penal brasileiro a irretroatividade da lei é a regra, sendo a retroatividade a exceção. A lei penal é a única norma que pode retroagir em detrimento da coisa julgada.

Para Bitencourt (2006, p. 162):

É indispensável investigar qual a que se apresenta mais favorável ao indivíduo tido como infrator. A lei anterior, quando for mais favorável, terá ultratividade e prevalecerá mesmo ao tempo de vigência da lei nova, apesar de já estar revogada. O inverso também é verdadeiro, isto é, quando a lei posterior foi mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência.

Portanto a norma penal não pode alcançar fatos ocorridos em período anterior a sua validade, nem ter aplicação àqueles verificados quando de sua revogação.

Segundo Alexandre de Moraes (2013, p.123),

O princípio da irretroatividade da lei penal, salvo se benigna, possui diversas características: a) a lei penal tem aplicação retroativa, inclusive em relação à eficácia da coisa julgada; b) o princípio da retroatividade da *lex mitior*, ou lei que beneficia o réu, que inclui o princípio da irretroatividade da lei penal mais grave, também se aplica durante o processo da execução da pena, e conseqüentemente a todos os seus incidentes, inclusive execução da pena, e, conseqüentemente, a todos os seus incidentes, inclusive a substituição de penas e livramento condicional, sendo de competência do juiz de execuções penais a sua aplicação) o princípio da retroatividade da *lex mitior* não autoriza a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para desse embate extrair-se um terceiro gênero, que mais beneficie o réu.

Segue julgado do Supremo Tribunal de Justiça como exemplo de julgados das Cortes brasileiras, em que a lei retroagiu e beneficiou o réu:

SEGURANÇA JURÍDICA – Aplicação da lei no tempo. A primeira condição é a irretroatividade da lei, que editada para vigor prospectivamente, regendo atos e fatos que ocorram. O princípio da irretroatividade da lei surge ante o disposto no artigo 5º, XL, da C.F.O regime de cumprimento da pena é norteado, considerada a proteção do condenado, pela lei em vigor na data em que

implementada a prática delituosa. A Lei nº 11.464/07, que majorou o tempo necessário a progredir-se no cumprimento da pena, não se aplica a situações jurídicas que retratem crime cometido em momento anterior à respectiva vigência. Descabe interpretar analogicamente norma penal benéfica ao acusado a ponto de introduzir, no cenário, quanto a instituto nela não tratado, exigência relativa ao cumprimento de parte da pena para progredir.

(STF -RE 579167, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, em 16/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 17-10-2013 PUBLIC 18-10-2013)

Por retroatividade entende-se o fenômeno jurídico que se aplica a uma norma ou a fato ocorrido antes do início da vigência da nova lei. Se pensarmos na lei como fonte específica de normas jurídicas constatar-se-á que o tempo de seu vigor é regido por algumas regras em nosso ordenamento jurídico.

A CF/88, no artigo 5º, XXXVI, protege três situações afirmando que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Isso significa que essas três situações, uma vez consolidadas sob o império de uma lei, não serão mais modificadas por outras leis posteriores. O direito brasileiro escolheu estabelecer três situações consolidadas na CF/88.

Maria Helena Diniz (1994, p.206), cita um critério que não pode ficar esquecido, “o princípio da irretroatividade tanto se aplica ao julgador quanto ao legislador e esta é a regra, no silêncio da lei; entretanto poderá retroagir, se estiver expressa e não ferir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.”

Percebe-se que a lei das leis instituiu o princípio da irretroatividade das leis, mas também salvaguardou as hipóteses em que sejam os réus beneficiados por uma lei que, a princípio, não poderia retroagir.

Pode-se dizer que a lei penal deve retroagir para beneficiar o réu. Por se tratar de uma previsão realizada pelo mesmo Poder Constituinte Originário que estabeleceu a regra de respeito dessas três situações consolidadas, admite-se que a lei penal benéfica não se sujeita a tais limites, devendo retroagir sempre e modificar até mesmo tais situações.

O art. 2º do Código Penal e seu parágrafo único reafirma a regra de que a lei penal benéfica deve retroagir, podendo modificar, inclusive, “sentença condenatória transitada em julgado”. Desse modo, se uma pessoa é condenada à prisão por praticar um crime, mas nova lei deixa de considerar sua conduta criminosa, essa pessoa deve ser imediatamente posta em liberdade, modificando-se a decisão que era coisa julgada. Da mesma forma, se a pessoa está presa, condenada a cumprir uma pena de quinze anos, mas a duração máxima da pena de seu crime, por

determinação de lei nova, torna-se dez anos, então a sentença que a condenou deve ser reformulada, adequando-se às novas determinações legais.

Júlio Fabbrini Mirabet (2003, p. 126) esclarece que, “apesar da disposição do princípio *tempus regit actum*, por disposição expressa do próprio Código Penal Brasileiro, é possível a ocorrência da retroatividade e da ultratividade da lei.”

A lei penal mais benigna possui extra atividade, é retroativa e ultrativa e, a lei mais gravosa, não tem extra atividade, não possui retroatividade ou ultratividade.

Admite-se, como regra geral, que o vigor de uma norma coincide com o período de sua vigência. A essa coincidência chamamos atividade da norma. Se uma norma deixa de ser vigente, mas continua a possuir vigor, afirmamos que houve ultratividade. Isso ocorre porque a norma que perdeu a vigência pode continuar a ser obrigatória para aquelas situações consolidadas sob seu império, as quais sempre serão regidas por ela.

A retroatividade e a ultratividade são, fenômenos que excepcionam o princípio da irretroatividade. Magalhães Noronha (1986 p.74) explica que, “é o próprio Diploma Penal que estabelece a exceção, “a lei penal que beneficiar o acusado (*lex mitior*) retroage”.

A partir do princípio da ultratividade se observa a aplicação temporal da lei da época do fato criminoso, não permitindo, assim, a retroatividade para piorar a situação do réu, desta forma consubstancia a regra da irretroatividade.

Por ultratividade entende-se o fenômeno jurídico pelo qual há a aplicação da norma após a sua revogação. O grande problema de uma norma retroagir está na insegurança jurídica a ser instaurada. É um princípio de direito que guarda relação estreita com os princípios constitucionais da reserva legal e da anterioridade da lei penal, sendo normalmente estudada quando se aborda o âmbito temporal de atuação das normas jurídicas, ganhando especial relevância no Direito Penal.

A situação de ultratividade da lei penal decorre do princípio base da *atividade*, pois é a lei do momento do delito a aplicável. Todavia, mesmo com a superveniência de lei posterior que revogue a lei do tempo do crime, prevalece esta. Regra limitada pelo princípio retroatividade benigna.

Na sentença do recurso de Apelação abaixo, proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, foi dada no sentido em que houve a ultratividade da lei penal anterior por ter sido mais benéfica ao réu.

APELAÇÃO CRIMINAL.VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CRIME DE LESÃO CORPORAL. ART. 129,§ 9º, DO C. PENAL. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ULTRATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 107,IV, 109,VI, COMBINADO COM O 110,§1º, DO C. PENAL. DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. É de rigor que se declare, de ofício, extinta a punibilidade do apelante , condenado à pena de 03 (três) meses de detenção, tendo em vista que o lapso temporal de 02 (dois) anos a que se refere o art. 109, VI, do Código Penal, transcorreu entre a data do recebimento da denúncia, 22/01/2009, e a data da publicação da sentença condenatória, em mãos do escrivão, 13/04/2011, verificando-se, assim, a ocorrência de extinção da punibilidade do apelante pela prescrição retroativa prevista no art. 110, § 1º, do C. Penal. Apelação Crime nº 68062-6. (TJ-PR 8930156 PR 893015-6, Relator: Naor R. de Macedo Neto, Data de Julgamento: 19/07/2012, 1ª Câmara Criminal)

As hipóteses mais comuns de conflitos no que diz respeito à irretroatividade da lei podem surgir com a ocorrência de *abolitio criminis*, *novatio legis in pejus*, *novatio legis in melius*, *ultratvidade das lei penais especiais e temporárias*.

Ocorre a chamada *abolitio criminis* quando a lei nova torna atípico o fato incriminado. De acordo com o Código Penal, tem natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade .

O Estado perde a possibilidade de aplicar pena ou medida de segurança ao agente. Assim sendo, exclui todos os efeitos penais em relação àquele delito, permanecendo apenas os efeitos civis.

O instituto da *novatio legis in pejus* verifica-se quando uma lei nova agrava as conseqüências jurídico-penais do fato criminoso existente. Em virtude do Princípio da Irretroatividade, esta nova lei não alcançará os fatos penais em curso.

Fato inverso ocorre com a *novatio legis in melius*, em que a lei nova é mais favorável ao réu que a anterior, devendo a ele ser aplicada.

Todavia, em que pese o princípio da ultratividade ser decorrência lógica da regra geral do tempo da razão com limites fulcrados na retroatividade benéfica, ele tem como peculiar alguns aspectos, quais sejam: as *leis excepcionais e temporárias*.

É importante destacar a existência de uma previsão, no art. 3º do Código Penal, que não se confunde com a retroatividade em benefício do réu. Tal artigo afirma que uma lei penal temporária ou excepcional continuará a reger fatos praticados durante sua vigência mesmo depois de esta terminar.

As leis temporárias e as leis excepcionais respeitam rigorosamente o princípio da ultratividade, independentemente de lei posterior à regência temporária ou excepcional ser mais benéfica ao agente. Tal situação é explicada pela doutrina majoritária a qual menciona que a lei nova não revoga a anterior ainda que é mais branda, porque não trata exatamente da mesma matéria, do mesmo fato típico,

tendo as leis temporárias ou excepcionais sido elaboradas para determinadas situações específicas.

Em razão da ultratividade dessas leis, pode-se dizer que, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que as determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

Essas espécies de lei tem ultratividade, ou seja, aplicam-se ao fato cometido sob o seu império, mesmo depois de revogadas pelo decurso do tempo ou pela superação do estado excepcional.

CAPITULO III – A ULTRATIVIDADE NO PROTESTO POR NOVO JÚRI E NA LEI 12.403/2011

3.1 Protesto por novo Júri

Após cinco dias em sessão plenária de julgamento, foi feita na madrugada do dia 27 de março de 2010, a leitura da fundamentada sentença condenatória do casal Nardoni, eles foram condenados às penas de 31 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão (Alexandre Nardoni) e 26 anos, 08 meses de reclusão (Anna Carolina Jatobá), pela prática de crime de homicídio triplamente qualificado, em concurso material com o crime de fraude processual, envolvendo a vítima Isabella Nardoni. Justificou-se a pena acima do mínimo legal tendo em vista a frieza emocional, bem como a investida de forma covarde contra criança de pouca idade (05 anos).

Como se sabe, foi alterado pela Lei 11.689/2008, integralmente o procedimento do Tribunal do Júri, sendo que uma das modificações mais relevantes a este procedimento foi sobre a extinção do protesto por novo júri, pelo art. 4º daquela lei.

No presente capítulo será feita uma reflexão doutrinária e jurisprudencial sobre o protesto por novo júri, para responder à seguinte indagação: o casal Nardoni terá direito ao protesto por novo júri?

Busca-se a resposta para a seguinte indagação: é, ainda, admissível a interposição do protesto por novo júri por acusados de crimes doloso contra vida ocorridos até a entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008 ou o protesto não poderá mais ser utilizado após 09 de agosto de 2008, data da entrada em vigor da referida lei?

A resposta para a questão, se faz com a seguinte indagação: qual é a natureza da norma que trata do protesto por novo júri? Pois a lei no tempo tem diversos conceitos caso se trate de norma processual penal, penal, e mista.

Como já analisado em capítulo anterior, as normas penais são regulamentadas pelo art. art. 5.º, inc. XL, da CF/88, regulando que a lei penal não retroagirá salvo pra beneficiar o réu. As leis que prejudicam o réu somente podem reger os crimes praticados após a sua entrada em vigor

Nesse sentido, se a lei penal é prejudicial ao acusado, a lei revogada (benéfica) continuará regendo os crimes cometidos durante a sua vigência (ultratividade da lei penal benéfica).

O conceito da aplicação da lei processual penal no tempo está prevista pelo CPP, em seu art. 2.º, que dispõe que a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Dessa forma, no momento em que a lei entra em vigor, já passa a reger os atos processuais que serão praticados, permanecendo válidos os atos anteriormente praticados. É o princípio *tempus regit actum*.

E nos casos de normas penais mistas ou híbridas – que possuem, ao mesmo tempo, características do direito penal e do processual penal elas devem-se reger pelos princípios que guiam as normas penais no tempo, pois possuem assento na própria CF/88.

Deve-se haver a identificação da norma que trata o protesto por novo júri, para que haja a aplicação da Lei 11.689/2008. Se houver o entendimento que a norma é penal ou mista, haverá, ultratividade, e ela continuara regulando os crimes praticados sob sua vigência. Ou seja, os crimes praticados contra a vida até o dia 08 de agosto de 2008 – como o casal Nardoni - continuariam podendo requerer o protesto por novo júri, lógico que se tivessem preenchidos os requisitos legais, em qualquer dada condenatória. Mas se houver o entendimento que a norma é de natureza processual penal não poderá ser utilizado o protesto por novo júri a partir de 09 de agosto de 2008.

As normas penais afetam indiretamente, o *ius puniendi* estatal, criando, ampliando-o ou extinguindo-o. Por sua vez, as normas processuais dizem respeito ao início, desenvolvimento e fim do processo, sem atingir, ainda que indiretamente, o *ius puniendi*.

Então para que se possa falar em norma penal, deve-se ter em mente a mudança de uma situação de direito material frente ao poder punitivo do Estado. Assim, para que possa falar em norma penal, deve-se vislumbrar a alteração da situação de direito material do indivíduo frente ao poder punitivo estatal.

Partindo-se do princípio de que as normas penais ou mistas alcançam direito de punir, mesmo que indiretamente, deve-se verificar se os recursos se encaixam nos conceitos de normas processuais ou penais.

Carlos Frederico Coelho Nogueira (2002, p.125) ensina que:

Há normas que tratam de recursos são nitidamente processuais dispositivos evidentemente materiais como, por exemplo, as disposições sobre a teoria do crime e a teoria da pena, a extinção da punibilidade, as normas incriminadoras etc., assim como existem normas nitidamente processuais, como aquelas que regulam os ritos ou procedimentos, os atos e prazos processuais, os *recursos*, as nulidades processuais, a sentença e a coisa julgada, a prisão e a liberdade provisória, a competência etc.

A lei que cria ou extingue um recurso é tipicamente processual. Caso haja ou não um recurso, este não queira mudar uma situação material do réu. E fará com que o Estado não deixe de aplicar o *jus punindo* a que lhe cabe, ou ainda não permitirá que o acusado seja submetido a uma sanção qualquer. Dessa forma, as normas que tratam de recursos são tipicamente processuais. Justamente por isto, possui preceitos intertemporais e são previstos no art. 2.º do CPP.

Exatamente no mesmo sentido, Carlos Maximiliano (1955. p.112) diz “a apelabilidade ou inapelabilidade, possibilidade de revisão ou cassação de uma sentença consideram-se conseqüências da mesma, regulam-se por lei vigorante na época do *verdictum*; é esta norma que indica os recursos cabíveis”.

Lei superveniente pode criar recurso de decisões que em algum tempo era irrecorrível, ou suprima algum recurso já existente, ou afaste algum recurso já interposto, ou até mesmo mude os efeitos ou os requisitos que admitem um recurso.

A norma processual superveniente obedece aos atos já praticados e os efeitos produzidos antes de sua vigência.

Deve-se lembrar que o protesto por novo júri não é dirigido ao Tribunal, é o próprio juiz presidente quem analisa e julga o recurso, sendo interposto de juízo *a quo* para juízo *a quo*, por isso, nesse recurso, não se deve falar em garantia do duplo grau de jurisdição.

A extinção desse recurso não afeta em nada eventual duplo grau de jurisdição que dizem respeito às demais decisões do júri, eis que mantida a possibilidade de apelação das decisões.

No protesto por novo júri, seu desaparecimento não prejudica em nada eventual duplo grau de jurisdição, em relação as demais decisões dadas pelo júri.

Entende Damásio Evangelista de Jesus (2008, p. 91) que, “é prescindível a discussão acerca da natureza penal, processual penal ou híbrida das normas sob crivo de aplicação. A não permissão do protesto por novo júri fere o princípio constitucional da amplitude de defesa”. Assevera que não é constitucional que o

Estado reduza a plenitude de defesa, diminuindo a sua amplitude com a exclusão de um recurso, alterando, assim, as regras do jogo em prejuízo do réu.

“Deve-se ressaltar que o princípio da ampla defesa não assegura uma infinidade de produção defensiva a qualquer tempo, mas, ao contrário, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado por lei”, conforme lembra Mougenot Bonfim (2013, p.46),

No protesto por novo júri não há um perdão imediato do réu. Somente se refoga o julgamento anterior, e o acusado é submetido a outro julgamento, com outros jurados.

Não bastasse, a teoria de que os recursos possuem natureza predominantemente material também não suporta uma análise mais detida. Partindo do princípio de que a norma penal benéfica deve retroagir, e deve alcançar a coisa julgada em caso de condenação (como ocorre com a *abolitio criminis*), deve-se imaginar uma hipótese inversa, onde se cria um novo recurso, mais favorável ao réu, que não estava previsto em legislação nenhuma. Se entender que as normas dos recursos são de uma maneira geral normas pequenas, e, no entanto, retroativas, seria necessário reabrir os processos em que já houve condenação transitada em julgado, dessa forma o acusado se beneficiaria do recurso criado.

O Supremo Tribunal Federal não possui, ainda, jurisprudência sobre a questão. Porém, há uma decisão monocrática, em que o Ministro Eros Grau afirmou que “é essencial ressaltar que o protesto por novo júri é modalidade de recurso que não mais existe no Código de Processo Penal em vigor, desde a reforma de 2008” (Lei nº 11.689, de 09/06/2008).

Diante destas explanações, conclui-se que a partir de 09 de agosto de 2008 não foi mais possível a utilização do protesto por novo júri, que está sepultado definitivamente, seja o crime praticado antes ou depois desta data. Ou seja, independentemente da data do fato criminoso, para a interposição do protesto por novo júri será necessário verificar a data da publicação da decisão condenatória. Se for anterior a 09 de agosto de 2008, será possível se valer do recurso mencionado (obedecendo), é claro, aos requisitos de admissibilidade do mencionado recurso. Se a decisão condenatória for proferida após 09 de agosto de 2008, não terá cabimento o protesto por novo júri.

Dessa forma, respondendo à pergunta feita no início desse capítulo: o casal Nardoni tem direito sim ao processo por novo júri, já que o recurso é uma norma de

conteúdo material, e sua sentença foi dada antes da entrada da Lei 11.689/2008 em vigor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afirmação de que as normas processuais penais se sujeitam à aplicação imediata não atende a uma construção de modelo que preserve as garantias constitucionais dentro do processo penal, o que se espera da anterioridade da norma como algo que legitima a atuação de um Estado de Direito, deve ser extensível tanto para as normas penais quanto para as normas instrumentais, pois o caráter instrumental da norma processual é evidente.

A finalidade precípua do processo penal é garantir a correta aplicação da lei penal, permitindo que a culpa seja apurada com amplas garantias para o acusado.

A dicotomia que aqui se faz é de caráter importante: está pacificado que a lei penal não retroage senão em benefício do acusado.

Percebe-se que a lei penal no tempo se comporta de maneira versátil, com a intenção de preservar os princípios constitucionais os quais constituem a própria alma do direito penal, sendo assim, a norma penal adquire formas que integram os princípios constitucionais garantidos à pessoa humana. Nos casos concretos as normas são instituídas em função dos princípios constitucionais.

Deve ser escolhido tratamento mais benigno e favorável ao réu, nada há que lhe impede selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional.

Apesar do inciso XL do art. 5º da CF, que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. O próprio Código Penal em seu artigo 2º reforça a ideia de que a lei mais benéfica irá beneficiar o réu, dando força e amplitude ao instituto do *Abolitio Criminis*, quando a lei posterior deixa de considerar como infração um fato que era anteriormente punido.

Os defensores da ultratividade do Código Penal explicam que a sua falta de previsão legal causaria a perda da característica inibidora do Direito Penal, pois a pessoa sabendo da auto revogação da lei poderia realizar crimes com a certeza de ocorrer à impunidade, gerando injustiça e insegurança jurídica.

Consideramos importante que o Direito Penal seja sempre respeitado, principalmente, em situações especiais que legitimem a utilização das leis temporárias e excepcionais. Mas, a forma utilizada pelo legislador ordinário, entendemos, fere a CF/88 no que tange ao princípio da irretroatividade.

Quanto às situações de conflito temporal de leis parcialmente benignas entre si constatou-se que na prática penal, mesmo que não sejam tão frequentes, elas existem, e, considerando que o direito é dinâmico e que suas normas sempre tendem a se modificar, resta sabido que esse “problema” interpretativo de leis no tempo, por decorrência da própria atividade legislativo-jurídica, sempre viverá.

O Direito deve acompanhar a evolução da sociedade. Assim como esta não é parada, estando em constante transformação, o Direito não pode ficar parado à espera da lei. Deve os Juízes ter coragem de quebrar os preconceitos e não terem medo de fazer justiça.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALVES, L.B.M. **Processo Penal** .Salvador: Juspodivn. 2012.

BINDER, A. M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1996

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal** : Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1

BRASIL. Justiça Federal . **ARE 748371** do STF , Brasília, 06 de jun. de 2013 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000691&base=baseRepercussao>> Acessado em: 12 de novembro de 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça . **AI 729498 ED/SC** STF. Brasília. 01 de fev. de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000171024&base=baseAcordaos> > Acessado em: 05 de novembro de 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE 579167**. Brasília, 16 de maio de 2013 Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399671/recurso-extraordinario-re-579167-ac-stf>> Acessado em: 06 de novembro de 2013

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **HC 115907**. Brasília,03 de setembro de 2013. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21267943/habeas-corpus-hc-215191-mg-2011-0184472-7-stj>>. Acessado em: 06 de novembro de 2013

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Acórdão 8930156 PR 893015-6** do TJPR. Paraná 19 de julho de 2012. Disponível em <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21991743/8930156-pr-893015-6-acordao-tjpr>> Acessado em : 06 de novembro de 2013

BONFIM, E. M. **Curso de processo penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

CAPEZ, F.. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, T. A.. **Sucessão de Leis Penais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

CINTRA, A.C. de A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. **Teoria Geral do Processo**. 14 ed. ver., rev., São Paulo: Malheiros, 1998

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. Salvador: Juspodivn, 2013.

DELMANTO, C.; DELMANTO, R.; DELMANTO JUNIOR R.; DELMANTO, F.M.de A. **Código Penal Comentado**. 7ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

DINIZ, M. H de. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, A. S. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1

GIACOMOLLI, N. J. **Reformas do Processo Penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, L.F. **Direito Penal**: Parte Geral. Introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JESUS, D. E. **Direito Penal**: Parte Geral. 28 ed. São Paulo; Saraiva, 2005. v 1

LOPES JUNIOR, A.C.L. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5 ed.. ver., e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v 1

MAXIMILIANO, C.. **Direito Intertemporal** ou Teoria da retroatividade das leis. 2 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955;

MENDONÇA, A. B. de. O protesto por novo júri e o casal Nardoni. Um estudo sobre a aplicação da lei processual penal no tempo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2464, 31 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14604>> Acesso em: 30 de out.2013

MIRABETE, J. F. **Processo Penal**. 14 ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2003
_____; FABBRINI, R. **Manual de Direito Penal** : Parte Geral. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013

MORAES, A. de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOGUEIRA, C.F.C **Comentarios ao Codigo de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2002. v 1

NORONHA, E. M.. **Direito Penal**. 24 ed. São Paulo. Saraiva.1986.vol1.

NUCCI, G. de S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: E Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Código Penal Comentado** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, E.P. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PACHECO, D. F.. **Direito processual penal: teoria, crítica e prática**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

QUEIROS, P. **Direito Penal: parte geral**, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. 5 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lunem Juris, 2001.

SANTOS, I. B. F. dos. Princípios constitucionais do Processo Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3686, 4 ago. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25074>>. Acessado em: 27 outubro de 2013.

SALIM, A.; AZEVEDO, M.A. **Direito Penal**. 2 ed. rev., ampl., atual., Salvador: Juspodivn, 2012.

PEREIRA, C.M. da S. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1: Introdução ao Direito Civil; Teoria Geral de Direito Civil.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R.R. **Curso de Direito Processual Penal**. 3.ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodivn, 2010.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Manual de Processo Penal**. 10 ed., ver. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.