

A EFICÁCIA TEMPORAL DAS NORMAS SOBRE PRISÃO E LIBERDADE

Leônidas Ribeiro Scholz

*Publicado em *Revista FMU Direito*, ano 9, nº 12, novembro de 1995 e *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 14, p. 192, abril de 1996, DTR\1996\141.

1. Introdução

Prisão e liberdade. Este o binômio que, tonalizando, por natureza e excelência, um dos mais frisantes exemplos da confrontação dos opostos de que falava Hegel, define, cunha e abriga o mais tormentoso e insuperado – a despeito de delinear-se em horizonte próximo, o crepúsculo de mais um século – dilema do universo jurídico, em torno do qual deriva, em profunda crise de eficácia e credibilidade, o sistema de direito penal ¹.

De um lado, a liberdade do cidadão como estado físico imanente à própria natureza humana e, nessa perspectiva, por via de estrita consequência lógico-valorativa, ao menos para o direito das nações civilizadas e democráticas, como bem jurídico supremo de sua existência. Em síntese, direito individual fundamental.

De outro lado, todavia, o direito penal, componente ideológico e

operacional da política social do Estado para a consecução e conservação do bem comum, e o direito processual penal, como instrumento indispensável a sua efetivação (*nulla poena sine iudicio*), a contemplarem, aquele a título de sanção pela violação dos bens jurídicos tutelados por intermédio das normas incriminadoras, este à guisa de medidas instrumentais, a privação da liberdade, a prisão.

Esta contraposição – plasmada, na esteira da precisa síntese de Colliard ² e, entre nós, de Ada Pellegrini Grinover ³, porque a liberdade pessoal apesar de sobrelevar como expressão de um direito fundamental do indivíduo, não é absoluta, posto dispor, toda e qualquer sociedade organizada, de um direito de repressão que se traduz necessariamente – até porque a “prisão é somente uma necessidade, que nenhuma ciência poderá justificar” ⁴, em medidas atentatórias à liberdade individual – desde os mais remotos tempos suscita, e por certo persistirá a fazê-lo indefinidamente, múltiplas e relevantes indagações, muitas das quais, aliás, conquanto já ofuscadas pela sombra da antigüidade, não ou mal respondidas.

Ao lado de questões acentuadamente relevantes como, entre outras, aquelas que se consubstanciam na precisa aferição do cabimento e dos limites da prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; na perquirição da compatibilidade entre a ordem jurídico-constitucional e a vedação da liberdade provisória, por conta da consideração abstrata de determinadas

infrações penais, para todo e qualquer cidadão sobre o qual se projete a acusação de havê-las praticado, especial importância, sobretudo em um cenário jurídico, tal o brasileiro, que prima, em pontos de direito penal, material e processual, por assustadora e progressiva inflação legislativa, encerra a questão relacionada à correta delimitação da eficácia temporal das normas legais sobre prisão e liberdade.

2. A sucessão das leis penais no tempo

É cânone constitucional, corolário do consagrado axioma da anterioridade da lei penal relativamente ao crime e à pena, aquele a teor do qual a norma penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Assim é que, à exceção da norma que corporifique a denominada *lex mitior*, à qual outorga o estatuto repressivo até mesmo eficácia supressiva ou modificativa da sentença condenatória recoberta pelo manto do trânsito em julgado, aplicável será, em qualquer tempo, a lei penal vigente no momento em que, nos precisos termos do art. 4.º do Código Penal (LGL 1940\2) , praticada a ação ou omissão virtualmente delituosa, ainda que outro seja o do resultado.

Afora, portanto, a norma mais benigna para a posição jurídica do cidadão a quem se impute o cometimento de algum delito, é ultrativa a lei penal,

aplicando-se a todo e qualquer caso criminal cujo objeto seja fato em tese delituoso ocorrido à época em que vigente, mesmo que outra, se de qualquer forma mais gravosa, venha a substituí-la, revogando-a, tácita ou expressamente.

Por outras e já agora na trilha do sempre didaticamente elucidativo magistério de Damásio E. de Jesus, “se o agente pratica um fato criminoso na vigência da lei X, mais benigna e, no transcorrer da ação penal, surge a Y, mais severa, o caso deve ser apreciado sob a eficácia da antiga, em face da exigência de não recair, sobre ele, uma valoração mais grave que a existente no momento da conduta delituosa. Há obediência ao princípio *tempus regit actum*”⁵. Mas, acrescente-se, tempo da ação ou omissão penalmente relevante.

Nesse lineamento e ressalvada a existência de divergências doutrinárias e pretorianas acerca de alguns aspectos emergentes do conflito de leis penais no tempo, como, exemplificativamente, as concernentes aos critérios a serem adotados para a apuração da maior benignidade; à possibilidade de combinação de leis para a criação da denominada *lex tertia*; ao juízo competente e aos remédios jurídico-processuais cabíveis para a aplicação da lei mais benéfica, dificuldades maiores não se apresentam referentemente à correta demarcação da eficácia temporal da lei penal e à conseqüentemente necessária indicação, em caso de sucessão, da que seja aplicável a tais ou quais casos, notadamente no que respeita à prisão como pena, sobre a qual incide, sem lugar a dúvidas, a norma em vigor à época do fato delituoso, a menos que a posterior seja de qualquer forma

mais benigna para o sujeito ativo da relação de direito penal material e sujeito passivo da correspondente persecução penal.

3. A sucessão temporal das leis processuais penais

O mesmo, porém, não se pode dizer no tocante às normas processuais penais. Seja porque a respectiva eficácia temporal é concebida e regulada de forma acentuadamente diversa. Seja porquanto, sob a aparente simplicidade desse tratamento diferenciado, agitam-se várias e graves questões, máxime no que respeita à privação da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por força do disposto no art. 2.º do estatuto processual penal, “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Para a doutrina processualista, neste ponto atualmente indiscrepante ⁶, o preceito que delimita a eficácia temporal da norma de direito processual penal consagra, não a retroatividade, mas “o denominado princípio geral de efeito imediato que, consoante precisa doutrinação de Paul Roubier (*Le conflit de lois dans le temps*, Paris, 1929-1933, v. 2, p. 676, n. 139), não deve ser confundido com a nomeada retroatividade. E, assim sendo, provê, apenas, para o futuro,

abrangendo, em sua incidência, não só os procedimentos a iniciarem-se, como também aqueles já em curso (cf. James Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, trad. cast. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, 1936, p. 35, § 10, n. 3) ⁷, não afetando, porém, os atos processuais praticados em consonância com a norma então vigente, ainda que contenha disposição diversa ou mesmo contrária.

Esse cognominado princípio geral de aplicação imediata da lei processual, pela doutrina usualmente identificado, também, como *tempus regit actum* ⁸, representaria um meio termo razoável entre a retroatividade e a irretroatividade. Isto, porque e no pensar de Hélio Tornaghi, “a norma de Direito Judiciário Penal tem que ver com os atos processuais, não com o ato delitivo. Nenhum ato do processo poderá ser praticado a não ser na forma de lei que lhe seja anterior, mas nada impede que ela seja posterior à infração penal. Não há, neste caso, retroatividade da lei processual, mas aplicação imediata. Retroatividade haveria se a lei processual nova modificasse ou invalidasse atos processuais praticados antes de sua entrada em vigor” ⁹.

Na mesma alínea, Frederico Marques, depois de sublinhar que “o erro dos que falam em lei processual retroativa está em que focalizam a aplicabilidade da norma, não em função do processo e, sim, relativamente ao crime que deste é objeto”, sustenta: “a fiança e a prisão preventiva, a lei nova é que as regula, pois não passam de medidas cautelares de coação processual. Se a lei de processo considerava afiançável o crime, na época em que foi cometido, mas em

inafiançável o tornou a lei nova, esta é que vigorará; todavia, se a fiança já foi prestada, o ato permanece válido, produzindo assim todas as suas conseqüências”.

E, prosseguindo, anota: “Sobre a prisão preventiva, diz Massari que, se ‘a lei nova introduz disciplina mais rigorosa no tocante ao instituto, os dispositivos legais posteriores são aplicáveis também aos crimes cometidos precedentemente; por conseqüência, se a lei anterior não autorizava a expedição de mandado de prisão, ou o considerava facultativo em lugar de obrigatório, não pode o réu invocar essa liberalidade da lei do tempo em que o crime foi cometido, devendo, ao contrário, vigorar os preceitos novos, embora mais rigorosos”.¹⁰

Entre os que presentemente se dedicam ao estudo do direito processual penal positivo, Júlio Fabrini Mirabete, embora sustente, na esteira do preceito inscrito no art. 2.º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (LGL 1941\8)¹¹ – o qual, a despeito de instituído para regular a transição da lei anterior para o atual estatuto processual penal, estaria em plena vigência formal e material – a ultratividade das normas processuais, se mais favoráveis ao imputado, pertinentes à fiança e à prisão preventiva, também entende, contudo, que uma nova lei processual penal, ainda quando acarrete maiores gravames para o autor do delito, restringindo, por exemplo, o direito à liberdade ou excluindo algum recurso, aplica-se aos processos em curso, independentemente da época em que ocorridos os respectivos fatos delituosos.

No campo jurisprudencial, não poucos são os pronunciamentos, revela-os a minudente e valiosa pesquisas realizada por Alberto Silva Franco ¹², a pontificar, sem qualquer referência condicionante à anterioridade da norma em relação ao fato delituoso, a imediata aplicação, aos respectivos processos em curso, do preceito que, vazado na denominada lei dos crimes hediondos, proíbe a concessão da liberdade provisória, com e sem fiança, nos casos de delitos que enumera.

Em julgado conduzido pelo voto do Ministro Carlos Veloso e relativo a *habeas corpus* impetrado contra decisão do Tribunal que, apreciando recurso do Ministério Público interposto em face da concessão de liberdade provisória, anteriormente ao advento da lei dos crimes hediondos, em caso de crime também precedente, mas por ela incluído no rol daqueles insuscetíveis de liberdade provisória, cassou-a, assinalou-se que “quando o Tribunal apreciou o recurso do Ministério Público, tinha vigência a Lei 8.072, de 25.7.90, que proíbe, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, a liberdade provisória (...). A natureza desta lei parece-me processual. A prisão, no caso, também é processual; ela não é pena, é decretada em benefício da ação penal. Por isso, tenho que a Lei 8.072 se aplica ao caso, como que a prejudicar o *habeas corpus*” ¹³.

Mais do que simplesmente adotar, referentemente a uma norma que, embora verse sobre instituto formalmente disciplinado pela legislação processual, o faz, todavia, apenas em função de critérios por inteiro entranhados

no cerne mesmo do direito penal (gravidade do crime, reprovabilidade, bem jurídico tutelado, desvalor social da conduta e outros), o princípio da aplicação imediata, a rigor tolerou e consagrou, com o chancelar a cassação da liberdade provisória, concedida antes da vigência da norma que veio a proibi-la, a retroatividade da norma posterior em pauta, invocada e aplicada que fora para, em manifesto descompasso com a ressalva expressamente contida na parte final do art. 2.º do Código de Processo Penal (LGL 1941\8), desconstituir ato perfeitamente válido frente à lei vigente ao tempo em que praticado.

No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, por igual têm-se esposado, com divergências, é verdade, o entendimento de que a norma que veda a liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados, revestindo-se de natureza e caráter processuais, encerra aplicabilidade imediata, alcançando desde logo os processos em curso, ainda que a ela anteriores os respectivos fatos supostamente delituosos ¹⁴.

Já o Superior Tribunal de Justiça, em aresto da lavra do Ministro Francisco de Assis Toledo, muito embora tenha enfatizado a necessária distinção entre aplicabilidade imediata e retroatividade, restabelecendo, nessa linha, liberdade provisória concedida antes do advento da lei dos crimes hediondos, mas revogada pelo Tribunal *a quo* à consideração de que a vedação superveniente atuara retroativamente sobre ela, tornando-a ilegal, decidiu, todavia, que “o princípio da exigência de anterioridade da lei em relação ao crime e à pena não se estende às

normas de processo e de execução, às quais vigora a regra de anterioridade da lei frente ao ato processual, não ao fato criminoso”¹⁵.

A intelecção perfilada pelos escólios doutrinários e paradigmas pretorianos precedentemente coligidos, entretanto, insuscetível de crítica somente seria se a premissa basilar sobre a qual repousa – natureza e caráter puramente processual das normas que cuidam de liberdade provisória, com ou sem fiança, e bem assim de qualquer espécie de prisão não penal, isto é, toda e qualquer privação da liberdade cujo título jurídico que legitima sua execução não seja a condenação criminal trânsita em julgado – estivesse, mais do que tecnicamente correta, substancialmente confortada pelos postulados fundamentais do sistema repressivo, compatibilizando-se, ainda, com o aspecto tridimensional da norma jurídica (genético, funcional e estrutural) de modo a, nessa perspectiva, poder-se adequar, inteiramente, ao conceito de norma formal e materialmente processual.

Não nos parece estar, todavia.

O figurar determina norma na legislação processual ou o versar ela, embora fora dela situada, sobre matéria ou instituto originariamente tratado na seara do direito processual positivo não são circunstâncias aptas, por si sós, a lhe infundir natureza e essência puramente processuais.

A propósito e entre tantos, Romeu Pires de Campos Barros oportunamente

advertiu que “a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio. Consiste este na regulamentação de fenômenos *estritamente* processuais, isto é, na programação do debate judicial, no que se refere ao seu fim, que é a decisão de um conflito de interesses”¹⁶.

E não depende do corpo de disposições em que inserida, nem poderia, simplesmente porque há normas, e não são raras, que, conquanto localizadas no estatuto processual ou na lei de execução, disciplinam uma relação de direito essencialmente material ou sobre ele, apesar de cuidarem de temas a princípio atrelados ao direito processual, projetam seus principais efeitos e conseqüências (na primeira hipótese, as normas que regulam a decadência do direito de queixa ou representação, a renúncia, o perdão, os direitos do preso ou do condenado; na segunda, os preceitos que permitem ou impõem a decretação ou a manutenção da privação da liberdade do cidadão antes de que ela possa concretizar-se como sanção penal).

É bem verdade, em linha de conseqüência e como percucientemente ressaltou o ilustre ministro do Superior Tribunal de Justiça, emérito professor e jurista, Francisco de Assis Toledo, de cujas sempre lúcidas preleções foram extraídas as considerações por último expendidas, que “a dificuldade maior consistirá em separar-se o que há de direito material no Código de Processo Penal (LGL 1941\8) e na Lei de Execução Penal (LGL 1984\14) e o que há de direito

processual no Código Penal (LGL 1940\2) para, após tal separação, aplicarem-se às normas de direito material os princípios de direito penal intertemporal, aqui estudados, e às normas de direito processual os princípios que lhe são próprios (...)”¹⁷.

Uma tal dificuldade, que verdadeiramente existe e, ao contrário de ignorada, deve ser enfrentada e superada, talvez explique, mas certamente não justifica o perigoso fenômeno, em boa hora divisado e combatido por Alberto Silva Franco, de o “Direito Processual Penal, como qualquer outra disciplina jurídica, não estar livre dos falsos truísmos, isto é, de verdades que se mostram, no entender de alguns doutrinadores, tão evidentes que prescindem de toda e qualquer verificação científica, de toda e qualquer valoração jurídica. A ausência de um juízo crítico permite que essas ‘verdades’ se propaguem e que passem incólumes pelos tempos afora. Um desses truísmos enganosos é, sem dúvida, o da aplicabilidade, em relação às normas processuais penais, da regra *tempus regit actum* (...)”.

“Afirmar-se, sem maiores considerações, que as normas processuais penais devem ter aplicação imediata, atingindo, inclusive, os fatos ocorridos antes de sua vigência, significa desconhecer a especificidade e a autonomia que devem ser atribuídas ao processo penal”.

“Tal posicionamento não leva na devida conta o tipo de relacionamento existente entre o direito penal e o processo penal. Há entre um e outro ‘uma

verdadeira relação de mútua complementariedade funcional, podendo mesmo dizer-se relação de interdependência ou de implicação biunívoca: o processo penal – tal como qualquer processo – pressupõe o direito penal, e o direito penal – diferentemente do que acontece com os ramos do direito não sancionatório – só se concretiza através do processo. O processo penal é, em rigor, o *modus existendi* do direito penal (Taipa de Carvalho, Sucessão das Leis Penais, p. 212, 1990)”.

“Esta íntima conexão revela a possibilidade de recíprocas interferências, não se podendo fugir à consideração de que normas processuais penais tenham reflexo direto e imediato no direito punitivo. Daí a classificação entre normas processuais penais materiais e normas processuais penais. As primeiras (de que são exemplos a queixa, a prescrição, a decadência, a perempção, as espécies de prova, os graus de recurso, a prisão cautelar, a liberdade provisória, etc.) ‘condicionam a efetivação da responsabilidade penal ou contendem diretamente’ com os direitos do acusado ou do recluso. As outras (de que são exemplos as formas de citação, a redação dos mandados, as formas de audição e registro dos participantes do processo, os prazos das partes, as formalidades e prazos dos exames periciais, etc.) dizem respeito ao desenvolvimento do processo, em suas diversas fases – da propositura da ação penal ao seu desfecho definitivo –, e não produzem nenhum imediato efeito jurídico material”.

“A decorrência, que se extrai dessa tipologia de normas processuais, é a de

que toda norma processual idônea a lesar direitos do acusado ou do recluso possui caráter substantivo e não pode ter aplicação em relação a situações processuais anteriores à sua vigência”¹⁸.

Especialmente no que tange às normas sobre prisão cautelar ou processual (em qualquer de suas modalidades) e liberdade provisória, com ou sem fiança, não há como negar-lhes, ainda que se as reconheça como formalmente processuais, conteúdo nitidamente substancial, senão quanto ao instituto que disciplinam, ao menos e inequivocamente quanto aos efeitos desse regramento, seja porque a liberdade do cidadão é direito, mais do que material e preexistente ao processo, constitucionalmente fundamental, seja porquanto, mesmo que o regulem à luz de interesses da administração da justiça penal, sobre esses direitos projetam, fora do processo, sérios efeitos materiais.

A propósito e focalizando especificamente a prisão preventiva, Palombarini, Juiz de Instrução Criminal do Tribunal de Pádua, em manifestação trazida à colação por Taipa de Carvalho em sua primorosa monografia sobre a sucessão das leis penais no tempo, com acerto alertou “Pena e prisão preventiva têm diversa natureza jurídica, diferentes objetivos, diversa função (...). Para decidir se uma certa garantia processual deve aplicar-se a um determinado instituto, é necessário atender, em primeiro lugar, à incidência do mesmo instituto sobre a esfera do indivíduo. Ora, a prisão preventiva – embora diversa, como se disse, da pena – traduz-se para o indivíduo numa restrição total da sua

liberdade. *Diferentes os institutos, idênticos os valores em jogo e os perigos da lesão do fundamental direito da liberdade*”¹⁹.

E o citado jurista português, professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, depois de realizar meticulosa pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o conflito temporal de normas processuais penais e de observar que “o esquecimento prático desta especificidade e autonomia do processo penal, aliado a um viciado método de dedução conceitualístico-formal, conduziu à aceitação superficial do princípio da aplicação imediata das leis processuais penais na sua globalidade”, convincentemente assevera que “está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material, que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais penais formais – e uma hermenêutica teleologia-material cujos cânones – conferindo primado às (investigações das) verdadeiras *rationes* jurídico-política e político-criminal do princípio da aplicação da lei penal favorável – determinam que à sucessão das leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroatividade da lei desfavorável e o da retroatividade da lei favorável” fixado-se como momento-critério para a determinação da lei aplicável, arremata o proficiente tratadista luso, o *tempus delicti*²⁰.

Estamos em que razão lhe assiste, integralmente. Toda norma que, apesar de encartada na legislação processual ou, ainda que fora dela, contenha

disposição que, ao disciplinar ou modificar tal ou qual instituto do direito processual, transcenda a mera regulamentação de “atos de pura técnica processual”²¹ para incidir diretamente sobre direitos fundamentais do cidadão ou sobre eles projetar seus efeitos, será norma de direito processual penal material²², como o são, pela manifesta e inevitável repercussão que produzem sobre a liberdade individual, as normas que de qualquer modo versem sobre a prisão provisória, cautelar ou processual, e a contracautela da liberdade provisória com ou sem fiança.

E tanto o são que o art. 2.º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (LGL 1941\8) , a exemplo, aliás e como registra a obra de Eugenio Florian²³, das leis de introdução aos códigos de processo penal italianos, referindo-se expressamente a elas, preconiza a aplicação dos princípios que norteiam a resolução da intertemporalidade do direito penal material, consagrando, pois, a ultratividade da lei vigente ao tempo do delito, a menos que a posterior seja mais favorável ao imputado.

Estar ou não em vigor o sobredito preceito legal é questão que, dirimida neste ou naquele sentido, não subtrai à substância da disposição que alberga a condição de relevante e indelével indicativo da feição nitidamente material de referidas normas apenas formalmente processuais.

A propósito, Luiz Flávio Gomes, em interessante e abalizado estudo sobre a Lei 8.930/94 – texto que ampliou o elenco dos chamados crimes hediondos –

após ponderar que, por força da inafastável necessidade de preservar a segurança jurídica, “tão importante dentro do Estado de Direito, ao infrator só podem recair as conseqüências jurídicas previstas no ordenamento jurídico na data do delito. As regras do jogo (*rules of the game*) não podem ser alteradas, para pior (...)”, precedentemente afirma que “toda norma de conteúdo material é irretroativa (...). E é penal (material) toda regra que se relacione com o *ius punitiois*, reforçando ou reduzindo direitos penais subjetivos do acusado (...)”, para então arrematar, com Jescheck, que “(...) a proibição de retroatividade estende-se ademais a outras agravações ulteriores da situação jurídica do réu (...)”.

E, finalizando, destaca que “no direito e na doutrina norte-americana, de modo muito prático e correto, sustenta-se que o acusado ‘não deve ser privado (diante da lei nova) de nenhum *substantial right* e nesta categoria entram as disposições processuais contrárias ao acusado. Tudo se resolve através do critério do *substantial disadvantage*: a norma posterior que afete qualquer *substantial right*, penal o ou processual, não retroage (v. Siniscalco, *Irretroattività dell leggi*, 1987, p. 163 e ss.)”²⁴.

A tão judiciosas ponderações e à vista da inevitável verificação de que a efetivação do “direito regressivo” do estado não é senão a atuação necessariamente recíproca do direito penal e do direito processual penal – dado em face do qual compreende não apenas a lei penal em sentido estrito, mas também as normas processuais que, regulando a tarefa dos poderes públicos

contra a delinquência, desde a investigação das infrações até ao termo da execução da sanção pronunciada, limitem e ameacem a liberdade dos cidadãos²⁵ –, cabe acrescentar, com Figueiredo Dias, presidente da comissão que elaborou o projeto do novo código de processo penal português, que “... para além do nulo valor da invocação da ‘instrumental idade’ do processo – o princípio jurídico-constitucional da legalidade se estende, em certo sentido, a toda repressão penal e abrange, nesta medida, o próprio direito processual penal. *Aqui deparamos com o essencial*: tal como vimos suceder no problema da analogia, importa que a aplicação da lei processual penal a actos ou situações que decorrem na sua vigência, mas se ligam a uma infração cometida no domínio da lei processual antiga, não contrarie nunca o conteúdo da garantia conferida pelo princípio da legalidade (...)”²⁶.

4. Conclusões

As normas sobre a prisão como sanção penal, normas, pois, genuinamente penais, materiais, regulam-se, em caso de intertemporalidade, pelo postulado da ultratividade da lei vigente *tempus delicti*, ressalvada a retroatividade da *lex mitior*.

As normas que repercutam, direta ou indiretamente, sobre a liberdade do cidadão, contemplando medidas que tratem, originariamente ou não, da sua

privação antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, são normas apenas formalmente processuais, mas essencialmente materiais, independentemente do caráter da legislação que contenha.

Redobradamente materiais, do ponto de vista substancial, afiguram-se as normas, tais as inscritas na Lei 8.072/90, que vedam a liberdade provisória e a fiança na exata medida em que o fazem apenas em função de aspectos exclusivamente relacionados ao direito penal, a começar pela própria catalogação, como hediondos ou equiparados, dos crimes enumerados por referido diploma legal.

À sucessão temporal de normas que se revistam, assim, de conteúdo, feição e projeção de direito substantivo (normas que, examinadas à luz dos critérios genético, estrutural e funcional, configuram-se, no todo, com normas mistas), impõe-se a aplicação, pelas mesmas e relevantes razões que os inspiram, dos postulados constitucionais da anterioridade e da irretroatividade desfavorável da lei penal. Até porque e quanto mais não fosse, recusá-la produziria a monstruosidade lógico-jurídico-valorativa de outorgar-se às normas sobre a prisão com pena e, portanto, confortada por decisão condenatória recoberta pela eficácia da coisa julgada, a necessária ultratividade, somente afastada na hipótese de superveniência de lei mais benéfica, para, paradoxalmente, porém, negá-la a normas que, contemplando a supressão da liberdade individual antes mesmo de que o cidadão possa ser validamente considerado culpado, constituem-se e

devem constituir-se, sempre, em verdadeira exceção frente aos princípios, direitos e garantias constitucionais.

(1) Heleno Cláudio Fragoso, entre inúmeros outros, já faz muito advertia para a crise do sistema penal, assinalando ser duvidoso o efeito preventivo do magistério punitivo e impossível emendar o criminoso através da pena de prisão (“Lições de direito penal”, parte geral. 11.ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 1987, p. 3).

(2) Colliard, Claude-Albert. “Libertes Publiques”, Dalloz, 1972, p. 206.

(3) Grinover, Ada Pellegrini, “Liberdades públicas e processo penal”. 2.ª edição. RT: 1982, p. 1.

(4) *Apud*: Batista, Weber Martins. “Liberdade provisória”. 2.ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 1985, p. 23.

(5) *Apud*: Silva Franco, Alberto e outros, “Código penal e sua interpretação jurisprudencial”. 5.ª edição. RT: São Paulo, 1995, p. 52.

(6) O professor Rogério Lauria Tucci registra a existência de duas correntes de opiniões acerca da aplicação da norma processual nova aos processos pendentes, "uma delas propugnando a adoção de uma só, única, lei processual - a vigente quando de sua incoação, - durante todo o transcorrer do processo; e outra optando pela retroatividade da nova lei (...)", “Persecução penal, prisão e liberdade”, Saraiva: São Paulo, 1980, p. 8/9.

(7) Obra anteriormente citada, p. 10/11.

(8) Mirabete, Julio Fabrini, “Código de processo penal interpretado”. Atlas: São Paulo, 1994, p. 31. Tucci, Rogério Lauria, ob. ant. cit., p. 9, Campos Barros, Romeu Pires, “Sistema do processo penal brasileiro”, v. 1. Forense: Rio de Janeiro, 1987, p. 95.

- (9) Tornaghi, Hélio, “Instituições de processo penal”, vol. 1. 1.^a edição. Forense: Rio de Janeiro, 1959.
- (10) Marques, Frederico, “Tratado de direito processual penal”, v. 1. Saraiva: São Paulo, 1980, p. 69/74.
- (11) Obra precedentemente citada, p. 31/2.
- (12) Silva Franco, Alberto e outros, “Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial”. RT: São Paulo, 1995, p. 423/425.
- (13) “Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. Lex, v. 170, p. 350/4.
- (14) *Habeas Corpus* 115.848-3, Rel. Des. Jarbas Mazzoni, *Habeas corpus* 98.901-3, Rel. Des. Celso Limongi, Mandado de segurança 95.127-3, Rel. Des. Jarbas Mazzoni.
- (15) *Habeas corpus* 2.086-3, Diário de Justiça de União de 09.11.93, p. 23.569.
- (16) Obra anteriormente citada, v. 1, p. 71.
- (17) Assis Toledo, Francisco de, “Princípios básicos de direito penal”. 3.^a edição. Saraiva: São Paulo, 1982, p. 38/9.
- (18) “Código penal e sua interpretação jurisprudencial”. 5.^a edição. RT: São Paulo, 1995, p. 59/60, nota ao item 4.03 – “*Lex mitior* e conflito de normas processuais”.
- (19) *Apud*: Taipa de Carvalho, Americo, “Sucessão de leis penais”. Coimbra Editora, 1990, p. 251/2.
- (20) Taipa de Carvalho, obra anteriormente citada, p. 219/20.
- (21) *Idem supra*, autor e obra, p. 222/3.

(22) Taipa de Carvalho colaciona o pensamento de grandes juristas europeus (Leone, Capelletti, Tiedmann, Schmitt, Levasseur), sobre a dicotomia normas penais – normas processuais penais e anota que, haja embora divergências quanto às classificações propostas, existe consenso relativamente ao entendimento de que o princípio da proibição da retroatividade de lei penal está intimamente ligado à tutela da liberdade e dos demais direitos fundamentais do cidadão, alcançando, por isto, as normas processuais que os atinjam (obra citada, p. 220/1).

(23) Florian, Eugenio. “Elementos de derecho procesal penal”. Bosh Casa Editorial, Barcelona, p. 44.

(24) Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim n.º 22, ano 2, outubro/1994.

(25) Levasseur, George. “Opinions heterodoxes sur les conflits de lois repressives dans les temps”, *apud*: Taipa de Carvalho, obra anteriormente citada, p. 221.

(26) *Apud*: Taipa de Carvalho, obra citada, p. 226/7.