

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VIVIANE DE CARVALHO LIMA

NORMAS PENAIS E NORMAS PROCESSUAIS PENAIS: ELEMENTOS PARA UMA  
DISTINÇÃO ADEQUADA

CURITIBA  
2012

VIVIANE DE CARVALHO LIMA

NORMAS PENAIS E NORMAS PROCESSUAIS PENAIS: ELEMENTOS PARA UMA  
DISTINÇÃO ADEQUADA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Clara Maria Roman Borges

CURITIBA  
2012

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

VIVIANE DE CARVALHO LIMA

**NORMAS PENAIS E NORMAS PROCESSUAIS PENAIS: ELEMENTOS PARA UMA  
DISTINÇÃO ADEQUADA**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, na Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Profa. Dra. Clara Maria Roman Borges  
Orientadora – Departamento de Direito Penal e  
Processual Penal, UFPR

---

Profa. Ma. Priscilla Plachá Sá  
Departamento de Direito Penal e Processual Penal,  
UFPR

---

Prof. Me. André Ribeiro Giamberardino  
Departamento do Núcleo de Prática Jurídica, UFPR

Curitiba, 17 de dezembro de 2012

Para Albani e Maria

De que pode precisar uma mulher que  
tem amigos maravilhosos, um amor que a  
faz feliz e responsabilidades que não  
param de crescer?  
De ajuda.

Obrigada, pai e mãe.

## AGRADECIMENTOS

Diariamente eu chego à conclusão de que a vida só é tão fascinante e maravilhosa porque não preciso vivê-la só e que meus projetos somente são possíveis porque encontro mentes mais malucas do que a minha dispostas a apostar neles. Assim sendo, não poderia nesta ocasião deixar de agradecer a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, enriqueceram meus dias durante a confecção desta pesquisa monográfica.

Deus, por mais errada, teimosa e rebelde que eu seja, obrigada por ter acreditado em mim, mesmo em todos os momentos em que eu duvidei de você.

Pai e mãe, gratidão não é o suficiente para exprimir o que sinto em relação a vocês. Obrigada por terem adiado tantos projetos, planos e sonhos (alguns para sempre, inclusive) de forma a me proporcionar a possibilidade de desenhar um futuro melhor para mim.

Suzana, obrigada por, há cerca de vinte anos, ter me ajudado a iniciar esta monografia, ao inculcar em mim, com seu jeito autoritário e temperamental de irmã mais velha, o amor pelas palavras. Valeu a pena todas aquelas horas intermináveis brincando de “escolinha”. Acho que minha lição de casa finalmente ficou pronta, você viu?

Lineara, Antonio, Diogo e Lucas, quero deixar registrado que vocês tiveram um papel fundamental na minha vida nos últimos anos. Obrigada pelas longas horas de conversa, pelo apoio, pelas broncas e pela amizade extraordinária que encontrei em vocês. Com certeza vocês foram imprescindíveis para que eu chegasse inteira ao final de mais essa etapa.

Joel, como pode, de repente, uma pessoa chegar e todos os dias virarem motivo de festa? Obrigada por ter sido meu par, meu porto seguro e por ter suportado bravamente todas minhas crises de insegurança, mau humor e depressão nas últimas semanas. Que bom que você chegou à minha vida. Fique aqui para sempre, combinado?

Por último, mas não menos importante, quero deixar registrada a minha gratidão por toda a ajuda e aconselhamento com que me brindou, Prof.<sup>a</sup> Clara Maria Roman Borges. Obrigada pelas valiosas sugestões que me permitiram levar a cabo o presente estudo.

“A tarefa não é tanto ver  
aquilo que ninguém viu,  
mas pensar o que  
ninguém ainda pensou  
sobre aquilo que todo  
mundo vê.”

(Schopenhauer)

## RESUMO

Quando se analisa o universo jurídico, percebe-se a complexidade que o envolve e a todos os seus institutos. Não poderia ser diferente com as normas jurídicas, parte fundamental de sua estrutura. De fato, a compreensão dessas regras é matéria tão cheia de nuances, que por mais que diversos autores venham a anos se debruçando sobre o tema, persistem as zonas de penumbra que impedem aos juristas o completo domínio sobre o assunto. No que toca às normas penais e às normas processuais penais a situação se torna ainda mais delicada, uma vez que, em razão da estreita ligação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, nem sempre é possível distinguir com clareza a qual subsistema jurídico pertencem. Tal dificuldade, no entanto, não tem recebido a devida importância por parte dos juristas, tendo simplesmente sido ignorada pela maioria destes que, na ânsia por se livrar da questão, optam por adotar a classificação que lhes pareça mais fácil, sem efetuar, porém, uma análise mais aprofundada do tema, o que tem ocasionado sérias distorções na realidade jurídico-penal. Tendo em vista esse preocupante cenário, optou-se nesta monografia por resgatar a essência do problema e, por meio de elementos importados da Teoria Geral da Norma, traçar os caminhos daquele que nos parece ser o modo mais adequado de distinção. Não obstante, não é a intenção e o objetivo deste trabalho desprezar toda a construção em torno do tema que, porventura, tenha sido realizada em sentido diverso até hoje, mas simplesmente, lançar um novo olhar sobre os critérios de diferenciação das referidas normas, buscando atrair a atenção e o zelo que tal temática merece.

Palavras-chave: Norma jurídica. Norma material. Norma formal. Norma penal. Norma processual penal. Diferenciação. Distinção. Regra. Lei.

## RESUMEN

Cuando se analiza el universo jurídico, verificase la complejidad que lo envuelve y todos sus institutos. No podría ser diferente con las normas jurídicas, parte fundamental de su estructura. En efecto, la comprensión de estas reglas es materia tan llena de matices, que por más que diversos autores vengán a años inclinándose sobre el tema, persisten las zonas de penumbra que impide a los juristas el completo dominio sobre el asunto. En relación con las normas penales y con las normas procesuales penales la situación se hace aún más delicada, una vez que, en razón de la estrecha ligación entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, ni siempre es posible distinguir con claridad a cual subsistema pertenecen. Tal dificultad, sin embargo, no tiene recibido la debida importancia de los juristas, siendo simplemente ignorada por la mayoría de estos que, que en su afán de librarse de la cuestión, han elegido adoptar la clasificación que a ellos les parezca más fácil, sin realizar, sin embargo, un examen más profundizado del tema, lo que tiene ocasionado graves distorsiones en la realidad jurídico-penal. A la vista de esta preocupante paisaje, ha se elegido en esta monografía por rescatar la esencia del problema y, por medio de elementos importados de la Teoría General de la Norma, trazar los caminos de aquel que parécenos ser la manera más apropiada de distinción. No obstante, no es la intención y el objetivo de este trabajo despreciar toda la construcción en torno del tema que, quizá, tenga sido hecha en otras direcciones hasta hoy, pero simplemente, dar una nueva mirada sobre los criterios de diferenciación de las dichas normas, buscando atraer la atención y el celo que esta cuestión merece.

Palabras clave: Norma jurídica. Norma material. Norma formal. Norma procesal penal. Diferenciación. Distinción. Regla. Ley.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>ASPECTOS GERAIS DAS NORMAS JURÍDICAS.....</b>	<b>13</b>
2.1	IMPORTÂNCIA DAS NORMAS PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO ...	16
2.2	DEFINIÇÃO DA NORMA JURÍDICA.....	19
2.3	ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA .....	24
2.4	CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS .....	28
2.4.1	Normas materiais e Normas Formais: a questão da nomenclatura .....	30
2.4.2	Normas materiais e Normas Formais: distinção .....	31
2.5	NORMA JURÍDICA MATERIAL .....	36
2.6	NORMA JURÍDICA FORMAL .....	38
2.6.1	Normas jurídicas processuais .....	40
<b>3</b>	<b>DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL: INTERDISCIPLINARIEDADE.....</b>	<b>43</b>
3.1	NORMAS PENAIS.....	46
3.1.1	Definição e estrutura.....	48
3.1.2	Efeitos e aplicação.....	51
3.1.2.1	Efeitos temporais da norma penal.....	53
3.1.2.2	Efeitos espaciais da norma penal.....	56
3.1.2.3	Efeitos funcionais da norma penal .....	60
3.2	NORMAS PROCESSUAIS PENAIS .....	61
3.2.1	Definição e estrutura.....	62
3.2.2	Efeitos e aplicação.....	65
3.2.2.1	Efeitos temporais da norma processual penal.....	66
3.2.2.2	Efeitos espaciais da norma processual penal .....	67
3.3	DISTINÇÃO ENTRE NORMAS PENAIS E NORMAS PROCESSUAIS PENAS.....	69
3.3.1	A dificuldade na diferenciação: flexibilidade na natureza de determinadas normas .....	70
3.3.2	As chamadas “leis mistas” .....	73
3.3.3	Motivos e efeitos para uma distinção adequada .....	75
3.3.4	Parâmetros gerais de diferenciação .....	79

<b>4</b>	<b>O PROBLEMA DAS REGRAS SOBRE PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA PENAL.....</b>	<b>82</b>
4.1	CONCEITOS E TIPOS DE PRESCRIÇÃO.....	83
4.2	CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO .....	86
4.3	A PRESCRIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO .....	89
4.4	A PRESCRIÇÃO PENAL NO CENÁRIO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO .....	92
4.5	A ADEQUADA CLASSIFICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA: INSTITUTO PROCESSUAL .....	96
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>98</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>100</b>
	<b>ANEXOS .....</b>	<b>104</b>

## 1 INTRODUÇÃO

É impossível conceber a ideia de sistema jurídico sem reconhecer a importância das normas que o compõem. Não importa a concepção que se adote para definir o ordenamento, é impossível afastá-lo da noção de normatividade. Por mais que, ao longo dos anos, diversas correntes tenham surgido ora atraindo ora refutando o caráter normativo do sistema jurídico, nenhuma jamais conseguiu desvencilhá-lo totalmente da ideia de norma jurídica como um de seus elementos constituintes. Desse modo, como bem advertiu Bobbio<sup>1</sup>, todas as teorias que buscam explicar o Direito, de uma forma ou de outra, não são capazes de excluir a normatividade embutida no ordenamento jurídico, mas antes, o fortalecem.

Diante de toda essa importância das normas no que atine ao sistema jurídico, não há como menosprezar a essencialidade de seu estudo, sobretudo no que tange seus aspectos mais controversos e obscuros. Somente ao se compreender o âmago da norma jurídica é que será possível um aprimoramento cada vez maior na aplicação do Direito.

Partindo-se dessa premissa, e considerando-se que a seara criminal é um dos campos mais complexos do Direito, vez que envolve bens jurídicos tais como a liberdade do indivíduo e sua privação, nada mais natural que a conclusão de que as normas que o embasam devem receber um cuidado ainda maior, de forma que o jurista desenvolva um manejo adequado delas.

É nesse contexto que se localiza a problemática da distinção entre as normas penais e as normas processuais penais. Tal assunto é relevante à medida que o vínculo entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal é tão estreito e sólido que se torna espinhosa a tarefa de desvendar a sutil diferença entre as normas que fundamentam cada um deles.

Tal diferenciação, no entanto, não deve ser relegada ao esquecimento, uma vez que agrega diferentes consequências à aplicação do Direito, de modo que o enquadramento inadequado de dada norma em uma categoria a qual não pertence incorre em uma distorção tal, que a finalidade para a qual foi criada pode ficar completamente desvirtuada.

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 15/24.

Feitas essas considerações, deixa-se claro que o objeto do presente estudo consiste em apontar critérios de distinção adequados entre a norma processual penal e a norma penal, de forma a potencializar seus métodos de aplicação, garantindo maior eficácia no Direito como um todo.

Para se atingir tal objetivo, optou-se por uma metodologia dedutiva na explanação do tema. Parte-se assim de uma visão mais geral e abrangente que, pouco a pouco, vai se tornando mais detalhada e específica na busca de uma melhor definição do que vem a ser cada uma das normas aqui estudadas.

Assim, no segundo capítulo desta monografia, escolheu-se realizar um breve passeio pela Teoria Geral do Direito e da Norma, de forma a angariar elementos que possibilitassem a distinção a ser feita posteriormente. Nessa ocasião, buscou-se tratar da norma jurídica desde sua importância para o Direito até os pormenores de sua estrutura, passando, é claro, por suas diferentes definições. Esse caminho acabou por desembocar nas normas materiais e formais que, a sua vez, foram cuidadosamente distinguidas, a partir de aportes doutrinários, dando-se especial relevância a uma modalidade de normas formais: a das regras processuais. Importa salientar, no que toca ao referido capítulo que, em que pese a riqueza das construções doutrinárias dos autores utilizados, procurou-se limitar suas obras apenas aos elementos essenciais para a temática aqui abordada.

Já no terceiro capítulo, realizou-se um corte metodológico um pouco mais específico. A partir das conclusões extraídas do capítulo anterior, bem como de outras, obtidas por meio de autores voltados ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, efetuou-se uma análise pouco mais detalhada das normas penais e das normas processuais, detalhando suas estruturas e suas formas de aplicação, de modo a se colher dados para a construção de um critério adequado de distinção. No supracitado capítulo apontou-se, também, a importância inerente a essa diferenciação, passando-se, brevemente, pela temática das chamadas “leis mistas”. Por fim, lançando mão dos dados e conceitos angariados ao longo de toda essa monografia, apontou-se aquele que nos pareceu o molde mais apropriado de diferenciação entre as normas penais e as normas processuais penais.

No quarto capítulo apresenta-se uma proposta de exemplificação da distinção traçada, utilizando-se para isso o instituto da prescrição, cuja natureza jurídica é celeberramente controvertida. Destaca-se nesse ponto, que o estudo da prescrição não consiste no objeto desta monografia, motivo pelo qual, enfocou-se tal

instituto apenas superficialmente. O interesse do estudo da prescrição nesta pesquisa se deu apenas na medida em que buscou se defender que, embora tratada costumeiramente como regra penal material (ou ainda, de caráter híbrido), tal figura, em sua feição punitiva, é de essência predominantemente processual.

Destaca-se, ainda, que a distinção aqui proposta não tem pretensões de ser taxada como única e inviolável. Isso porque tal tema ainda encontra um desenvolvimento tímido no cenário jurídico brasileiro, tendo sido a problemática trazida à luz por Zaffaroni, sem que, no entanto, a doutrina tenha se debruçado exaustivamente sobre a questão para respondê-la. Assim sendo, espera-se, ao longo dos anos que se aproximam, diversas novas construções serão edificadas em torno do assunto, algumas muito mais aprofundadas e detalhadas do que a aqui executada.

Ressalte-se, por fim, que ao contrário do que possa parecer a princípio, a delimitação aqui proposta é trabalhosa e, por vezes, demasiado complexa. Nem por isso deve ser deixada de lado. A tendência crescente entre os juristas de se considerar que as normas penais são aquelas que estão embutidas no Código Penal e que as normas processuais penais assim são classificadas por pertencerem à codificação processual é extremamente equivocada. A responsabilidade por tamanha confusão recai justamente sobre a ausência da devida atenção a esse assunto ora em debate. Desse modo, é cada vez mais premente que se debruce sobre a questão, uma vez que os reducionismos, até então recorrentes, acabam por desafiar abertamente os pilares centrais tanto do Direito Penal quanto do Direito Processual Penal.

## 2 ASPECTOS GERAIS DAS NORMAS JURÍDICAS

Inicialmente, para o correto desenvolvimento desta monografia, cumpre destacar que a problemática aqui formulada (a saber, a adequada distinção entre as regras penais e as regras processuais penais) tem como pressuposto de existência, as normas jurídicas. Não haveria sentido algum em tratar-se dessa diferenciação se, primeiramente, não se pudesse falar da existência das normas. Dessa forma, antes do desenvolvimento de qualquer mecanismo de classificação, se faz imprescindível, neste primeiro capítulo, um rápido passeio pelos fundamentos teóricos da norma jurídica, buscando-se em suas raízes o alicerce para o desenvolvimento da tese que aqui se pretende sustentar.

Feitas estas considerações, faz-se necessário, ainda, verificar a relação existente entre norma e Direito. Para Kelsen, a ligação entre esses dois elementos era, sem dúvida, irreversível. Tanto que o ponto de partida de seus estudos fundou-se na ideia de que o Direito “é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”<sup>2</sup>. Posteriormente, tal visão positivista passou a ser contestada, desenvolvendo-se a noção, na atualidade, de que norma e Direito não se equivalem. De fato, a ciência do direito amplia-se para muito além dos limites da norma, sobretudo quando esta é entendida, em um caráter mais restritivo, como sinônimo de lei. Ascensão<sup>3</sup> afirma, inclusive, que “o Direito nunca poderia ser só regra ou série de regras, teria pelo menos de ser um complexo destas, uma unidade global”. E conclui: “não é por o Direito se traduzir por regras que podemos permitir que uma visão dispersa faça perder o sentido do conjunto.” Tal afirmação encontra guarida nos ensinamentos de Lyra Filho, quando afirma que:

O Direito autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios e normas libertadores, considerando a lei um simples acidente no processo jurídico, e que pode, ou não, transportar as melhores conquistas<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 5.

<sup>3</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: Introdução e Teoria Geral**. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p.48.

<sup>4</sup> LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1982. p. 32.

A principal razão para a recusa de Lyra Filho em aceitar a norma jurídica, principalmente na concepção de legislação, como sinonímia do Direito enquanto ciência consiste no fato de que, frequentemente, as leis jurídicas que regulam uma sociedade se encontram sob monopólio estatal, não raro representando unicamente os interesses dos governantes:

A lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção. Embora as leis apresentem contradições, que não nos permitem rejeitá-las sem exame, como *pura* expressão dos interesses daquela classe, também não se pode afirmar, ingênua ou manhosamente, que toda legislação seja Direito autêntico, legítimo e indiscutível. Nesta última alternativa, nós nos deixaríamos embulhar nos “pacotes” legislativos, ditados pela simples conveniência do poder em exercício. A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito (...) <sup>5</sup>.

Kelsen<sup>6</sup>, por sua vez, sustenta uma posição ainda mais radical quando defende que Direito e Estado se confundem em um só, alheando-se das noções de moral e de justiça, sendo ambos concebidos “como uma ordem coercitiva de conduta humana”.

O problema da manipulação das regras jurídicas pelo Estado é de tal forma preocupante, que, por vezes, as normas passam a ser encaradas sob um prisma de desconfiança, motivo esse que levou Hespanha a afirmar que

em certas circunstâncias, a democracia representativa está tão afastada do sentir jurídico da comunidade que é vantajoso, mesmo do ponto de vista do carácter democrático do direito, admitir que este se possa exprimir por formas não estaduais<sup>7</sup>.

Todavia, ainda que com toda a fragilidade que o monopólio estatal lança sobre a legislação, não há como negar o fato de que as normas jurídicas desempenham um papel insubstituível no cerne do Direito, sendo imprescindível para o bom funcionamento de uma sociedade organizada. Sobretudo, quando a exemplo do que disciplina Bobbio<sup>8</sup>, verifica-se que normativismo e estatualismo não, necessariamente, se subsumem, uma vez que a teoria normativa extrapola a

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 353.

<sup>7</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 523.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 14.

experiência jurídica do Estado. O vínculo entre Direito, normas e sociedade é tão estreito que Mialle<sup>9</sup> chegou a afirmar que o termo direito “significa simultaneamente o conjunto das regras (ditas jurídicas) que regem o comportamento dos homens em sociedade e o conhecimento que se pode ter dessas regras”.

De fato, as regras jurídicas se configuram como instrumentos necessários para que certo gênero de sociedade se prolifere e funcione adequadamente<sup>10</sup>. Desse modo, indissociável o papel das regras jurídicas em relação a uma sociedade. Norberto Bobbio<sup>11</sup> chegou a afirmar que a compreensão da história humana, bem como seu estudo, possui um ponto de vista normativo que, por sua vez, é aquele pelo “qual as civilizações se caracterizam por ordenamentos de regras que contêm as ações dos homens que delas participaram”. Dessa forma, para se conhecer uma sociedade se faria necessário o estudo das regras de conduta que nortearam a vida de seus cidadãos, de forma a distingui-la de outras sociedades, guiadas por outros sistemas normativos. Contudo, não se pode olvidar da ressalva feita pelo autor ao afirmar que as normas jurídicas “são apenas uma parte da experiência normativa” e que “pode-se perfeitamente admitir que o direito pressupõe a sociedade, ou seja, é o produto da vida social; mas não se pode admitir que toda sociedade é jurídica”<sup>12</sup>.

Diante de todo o exposto, fica evidente a necessidade de se entender o Direito para muito além do conceito de leis. É imprescindível verificar “que, não obstante a multiplicação das leis, o conhecimento das leis é meramente instrumental duma formação específica, e só essa torna possível encontrar a solução correcta dos casos concretos”<sup>13</sup>. Entretanto, faz-se necessário equilíbrio, de modo a não se subestimar uma ou outra característica que compõe o Direito, tal como expõe Saldanha<sup>14</sup>:

Não se pode reduzir o saber jurídico à dogmática, ou à exegese das normas, nem tirar grande coisa, para a vida real do direito, do formalismo logicista; mas também não se pode pleitear um saber jurídico inteiramente reduzido à visão sociológica com suas atuais “denúncias”, um saber jurídico de onde se tenha cancelado sem mais a dogmática, como específico

<sup>9</sup> MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 25.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 04/05.

<sup>12</sup> Idem. p. 10.

<sup>13</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. Cit.* p.13.

<sup>14</sup> SALDANHA, Nelson. **Teoria do Direito e Crítica Histórica**. In: R. Informação Legislativa, a. 22, n.88, out/dez., 1985. p. 74.

conhecimento do direito positivo. Os problemas teóricos começam a partir deste, e não do vazio deixado pela negação dele.

Em que pese estar suficientemente esclarecido que norma jurídica não é sinônimo do Direito, indo este para muito além dos limites estipulados por aquela, nesta monografia interessa seu caráter enquanto conjunto de normas. Desse modo, de forma a se delimitar melhor o objeto de estudo desta pesquisa, adotar-se-á a definição proposta por Bobbio<sup>15</sup>, motivo pelo qual o termo direito passará a ser utilizado como um indicativo de sistema normativo, não se confundindo, contudo, com um tipo de norma.

Por fim, saliente-se que o objetivo deste primeiro capítulo é a análise dos elementos que constituem e caracterizam a norma jurídica de modo que, nos dois próximos capítulos que compõem esta monografia, seja possível demonstrar a possibilidade de diferenciar as regras penais das regras processuais penais. Por ora, no entanto, se faz conveniente um breve olhar sobre a importância da norma jurídica no ordenamento jurídico, bem como as diferentes definições que a envolvem, de forma a se compreender melhor a temática aqui tratada.

## 2.1 IMPORTÂNCIA DAS NORMAS PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO

Antes de se tecer colocações conceituais a respeito da norma jurídica, faz-se imprescindível uma breve reflexão a respeito de sua essencialidade para a construção da ideia de ordenamento jurídico. De fato, não há como conceber as duas noções como coisas inteiramente segregadas, sendo importante a consciência de que tanto a norma quanto o ordenamento se interrelacionam, vivendo em um intenso processo de simbiose.

É necessário, primeiramente, considerar que para se definir uma norma como jurídica, necessariamente se deve concebê-la como pertencente a um ordenamento jurídico. Em outras palavras, uma norma jurídica se classifica como tal simplesmente por estar acoplada a um ordenamento jurídico, de forma tal que para a elaboração de uma definição daquela se faz necessário, antes, definir este. Nesse

---

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 181.

sentido, têm-se as palavras de Bobbio:

(...) Para definir a norma jurídica bastará dizer que norma jurídica é aquela que pertence a um ordenamento jurídico, remetendo manifestamente o problema de determinar o que significa “jurídico” da norma para o ordenamento. Com esse reenvio demonstra-se que a dificuldade de encontrar uma resposta para a pergunta: “O que se entende por norma jurídica?” resolve-se deslocando o plano da pesquisa, ou seja, fazendo uma nova pergunta: “O que se entende por ordenamento jurídico?”. Se, como parece, só se consegue dar uma resposta sensata para essa pergunta, isso significa que o problema da definição do direito encontra o seu âmbito apropriado na teoria do ordenamento, e não na teoria da norma<sup>16</sup>.

Bobbio, ao construir sua Teoria do Ordenamento, estabeleceu que “as normas jurídicas nunca existem sozinhas, mas sempre num contexto de normas que têm relações específicas entre si”, para o referido autor, tal contexto “costuma ser denominado ‘ordenamento’”<sup>17</sup>. Nesse sentido, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas que se encontram firmemente atadas por meio de relações que lhes permitem fundarem-se ou derivarem-se umas das outras, o que, por sua vez, lhe confere uma natureza específica.

No entanto, o ordenamento jurídico, a exemplo das normas jurídicas, não encontra uma definição una, tendo sua conceituação relativizada de jurista para jurista. Chiovenda, por exemplo, considerou o ordenamento “não como coisa diversa da lei”, mas antes disso, como uma forma de entendimento da legislação, que culminaria na supressão de suas lacunas e imperfeições<sup>18</sup>. Já para Canotilho<sup>19</sup>, o ordenamento jurídico nada mais é do que um sistema normativo aberto de regras e princípios.

Partindo-se da ideia de que ordenamento jurídico é um conjunto de normas que se entrelaçam e se complementam, é preciso admitir que “não há ordenamento jurídico porque existem normas jurídicas distintas de normas não jurídicas; mas existem normas jurídicas porque existem ordenamentos jurídicos distintos de ordenamentos não jurídicos”<sup>20</sup>.

Para Kelsen, a quem devemos o mérito de pensar o direito como sistema, o ordenamento jurídico se constitui como uma ordem normativa, em que as normas

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 181/182.

<sup>17</sup> *Idem.* p. 173.

<sup>18</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Madrid: Editorial Reus, 1922. p. 377.

<sup>19</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 123.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 181/182.

jurídicas se escalonam hierarquicamente, até encontrarem validade em uma única norma pressuposta, a que denomina de norma hipotética fundamental. Desse modo:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora<sup>21</sup>.

Reale atenta para o costume errôneo de se reduzir o ordenamento jurídico a um mero conglomerado de leis e salienta que “cumprido desde logo desfazer o equívoco da redução do ordenamento jurídico a um sistema de leis, e até mesmo a um sistema de normas de direito entendidas como simples ‘proposições lógicas’”. A isso, o autor acrescenta:

O ordenamento é um sistema de normas jurídicas *in acto*, compreendendo as fontes de direito e todos os seus conteúdos e projeções; é, pois, o sistema das normas em sua concreta realização, abrangendo tanto as regras explícitas como as elaboradas para suprir as lacunas do sistema, bem como as que cobrem os claros deixados ao poder discricionário dos indivíduos (*normas negociais*)<sup>22</sup>. (Grifo no original)

Também nesse viés, Hart<sup>23</sup> demonstra a importância de, por mais tentadora que se pareça a hipótese, não se tratar do ordenamento jurídico, como sistema originário do fato de que “en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en *algún* sentido”<sup>24</sup>. Para ele, por mais que, frequentemente, um ordenamento jurídico apresente este aspecto sistêmico, sobretudo no prisma da lei penal material, acreditar que esse seria o único fator constituinte (e a única característica) do ordenamento seria incorrer em um reducionismo injustificável, uma vez que:

por atractiva que pueda parecer esta reducción de los complejos fenómenos del derecho a este elemento simple, se ha visto, cuando se la examina más

<sup>21</sup> Kelsen, Hans. *Op. Cit.* p. 247.

<sup>22</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 189/190.

<sup>23</sup> HART, H. L. A.. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963. p. 07.

<sup>24</sup> Tradução da autora: “em todo tempo e lugar, a sua existência significa que certos tipos de conduta humana já não são optativos, mas sim obrigatórios, em algum sentido”. (Grifo no original)

de cerca, que constituye una deformación y una fuente de confusión aun en el caso de una ley penal, en el que un análisis en estos términos simples parece ser más plausible<sup>25</sup>.

Além disso, Hart<sup>26</sup> afirma que, muito embora um ordenamento jurídico possua elementos entrelaçados com a noção de ordens respaldadas por sanções e ameaças, também possui elementos oriundos da moral, e não pode ser definido apenas como um aspecto normativo restrito.

Em todo caso, qualquer que seja a definição de ordenamento jurídico adotada, verifica-se que indubitavelmente passará pela noção de norma jurídica, ainda que não se reduza a ela. Desse modo, há que se atentar para que a norma jurídica seja efetivamente aplicada e entendida da maneira mais correta possível, de forma a não se comprometer todo o funcionamento do sistema jurídico, criando-se antinomias ainda maiores do que aquelas por ele já comportadas.

Assim sendo, considerando-se que um ordenamento jurídico comporta diversos elementos menores, passíveis de classificação, para a presente pesquisa interessa particularmente aquele referente à natureza das normas jurídicas, cuja doutrina já subdividiu em normas materiais e normas formais. Contudo, antes de adentrar-se no universo ainda nebuloso dos critérios de distinção entre tais normas, faz-se necessário uma breve incursão nos mais diferentes conceitos de norma jurídica, de modo a melhor compreendê-la em sua essência, o que facilitará a posterior diferenciação.

## 2.2 DEFINIÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Conforme exhaustivamente já demonstrado neste estudo, a norma jurídica não constitui por si só o Direito. Contudo, não há como se afastar a importância do papel desempenhado por ela na construção e efetivação dele. Dessa forma, dada a importância que possui, não foram poucos os pesquisadores, nos mais diversos

---

<sup>25</sup> Tradução da autora: “Por mais atrativa que possa parecer esta redução dos complexos fenômenos do direito a este elemento simples, se verifica, quando se examina a questão mais de perto, que constitui uma deformação e uma fonte de confusão ainda que no caso de uma lei penal, em que uma análise nestes termos simples parece ser mais plausível.” (HART, H.L.A., *Op. cit.* p. 08).

<sup>26</sup> HART, H.L.A., *Op. cit.* p. 09.

ramos da ciência, que buscaram definir a norma jurídica em sua essência.

O conceito de norma jurídica foi tantas vezes explorado pelos mais diversos estudiosos que desembocou nos mais variados entendimentos, o que, no lugar de facilitar sua definição, acabou por transformá-la em um árduo e complicado trabalho, sendo um assunto de difícil domínio.

Desse modo, imprescindível para a correta compreensão da norma jurídica que se abstraia todo conteúdo específico que encerra, de forma que seu conceito seja universal, uma vez que possui caráter variável e heterogêneo, e considere-se, apenas, sua essência, ela sim, permanente e homogênea<sup>27</sup>. Destaque-se, ainda, que não configura a pretensão desta pesquisa a eleição de um único conceito como o correto, em detrimento de todos os outros apresentados. O que se busca fazer é, tão somente, a eleição de uma definição mais adequada ao desenvolvimento do critério de distinção das regras penais materiais e das regras processuais penais que aqui se pretende analisar.

Todavia, antes de analisar as diferentes conceituações da norma jurídica, faz-se necessário definir a terminologia ora utilizada. Assim sendo, emprestando-se as considerações efetuadas por Ascensão<sup>28</sup>, em que pese, na linguagem não científica, a palavra *norma* seja empregada “com o sentido prevalente de orientação geral” e a palavra *regra* seja comumente utilizada com “um acento mais determinante”, para o jurista “norma é todo o dever ser jurídico genérico” de forma que seria mais adequado se “falar em regra jurídica do que em norma jurídica, para ir ao encontro da linguagem corrente”. Contudo, tendo em vista que a terminologia *norma* está amplamente difundida e generalizada, opta-se, nesta pesquisa, por tratar *norma jurídica* como sinônimo de *regra jurídica*. Portanto, conclui-se que não há equívoco em afirmar que “a ordem jurídica é suscetível de ser traduzida por normas ou regras jurídicas”.

Feita esta consideração, passa-se à definição propriamente dita da norma jurídica. Nesse ponto, necessário se faz destacar os estudos de Reale<sup>29</sup> que define a norma jurídica como “*uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*”. De acordo com o referido autor, para uma exata compreensão da norma jurídica se

---

<sup>27</sup>Idem. p. 350/351.

<sup>28</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. Cit.* p.239.

<sup>29</sup>REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 95. Grifo no original.

faz necessário refutar a tentação de reduzi-la meramente ao plano lógico-formal, uma vez que envolve, obrigatória e simultaneamente, referência à realidade fática e às exigências axiológicas que a originam, bem como as implicações capazes de promover uma modificação em seu significado. “Essa é a razão pela qual o *normativismo jurídico*, compatível com a concepção tridimensional do direito, só pode ser um *normativismo concreto*, e não um *normativismo abstrato e formal*”.<sup>30</sup>

Diferentemente do Reale, Bobbio<sup>31</sup>, elege para o desenvolvimento de sua Teoria da Norma Jurídica, o ponto de vista exclusivamente formal. Tal metodologia também é adotada para o desenvolvimento desta monografia, incluindo-se a ressalva feita pelo autor quando afirma muito embora o foco formal tenha sido sua eleição para a elaboração de seus estudos, não são a única forma de se considerar as regras jurídicas. Nesse ponto ressalta que:

Basta-nos aqui ter evidenciado que o ponto de vista formal do qual partimos não tem nada a ver com nenhum dos três formalismos<sup>32</sup>, pois não pretende ser uma teoria exclusiva nem da justiça, nem do direito, nem da ciência jurídica, mas é pura e simplesmente um modo de estudar o fenômeno jurídico na sua complexidade, um modo que não só não exclui os outros, mas os exige para que se possa obter um conhecimento integral da experiência jurídica<sup>33</sup>.

Dessa forma, o referido autor sustenta que “do ponto de vista formal” por ele eleito, “uma norma é uma proposição” e que “as normas jurídicas pertencem à categoria geral das *proposições prescritivas*”<sup>34</sup>. Para compreender o conceito estipulado pelo autor, necessário apontar a significação conferida por ele à palavra “proposição”, que nada mais seria do que “um conjunto de palavras que possuem um significado no seu todo”, sendo bastante recorrente na forma de *juízo*, que, por sua vez, nada mais é do que “uma proposição composta de um sujeito e de um predicado, unidos por um verbo de ligação (S é P)”<sup>35</sup>. Portanto, ao se tratar a norma jurídica como proposição, quer se dizer “que ela é um conjunto de palavras que possuem um significado”<sup>36</sup>.

Importa salientar, no entanto, que anteriormente a Bobbio, Kelsen, ao tratar

<sup>30</sup> REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 201. Grifo no original.

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 52.

<sup>32</sup> A saber, formalismo ético, formalismo jurídico e formalismo científico.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 52.

<sup>34</sup> *Idem.* Grifo no original.

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> *Idem.* p.54.

da temática das normas jurídicas achou por bem diferenciá-las das proposições jurídicas. Para ele:

As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações<sup>37</sup> devem, como *proposições* jurídicas, ser distinguidas das *normas* jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. *Proposições* jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As *normas* jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são, antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência<sup>38</sup>. (Grifo no original)

Em que pese a divergência entre Kelsen e Bobbio no que toca às normas e às proposições jurídicas, ambas as visões são de extrema relevância para a concepção de norma jurídica. No âmbito desta monografia, no entanto, nos parece adequada a seleção da definição apresentada por Bobbio, considerando-se que para ele, em síntese, a norma jurídica é uma proposição prescritiva, manifestada na forma de um comando, que nada mais visa do que modificar o comportamento dos cidadãos, ainda que para isso precise ser dotada de uma sanção, a ser aplicada de modo proporcional, que lhe confere eficácia reforçada<sup>39</sup>.

Destaque-se, ainda, que a norma jurídica permanece estática mesmo quando a realidade empírica rompe com e expectativa nela contida. Isso porque a norma mantém-se como um “dever ser” que permanece intocável diante das vicissitudes do mundo fático. As lições de Bobbio<sup>40</sup> são providenciais neste sentido, sobretudo, quando afirma que “uma norma prescreve o que deve ser. Mas isso não significa que o que *dever ser* corresponda àquilo que *é*”. E segue concluindo que, enquanto na ciência a lei deve ser modificada caso contradiga os fatos, “em um sistema normativo, caso a ação que deveria ocorrer não ocorra, devemos nos orientar, ao contrário, a modificar a ação e salvar a norma”<sup>41</sup>.

Ascensão, a sua vez, considera a norma jurídica como um juízo hipotético,

<sup>37</sup> Relações essas constituídas entre os fatos determinados pelas normas jurídicas.

<sup>38</sup> KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 80/81.

<sup>39</sup> *Idem.* p. 52, 68, 133 e 141.

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 132.

<sup>41</sup> *Idem.* p. 133.

uma vez que estas somente “se aplicam se se concretizarem as hipóteses que elas próprias preveem”<sup>42</sup>. Nesta perspectiva, Hespanha<sup>43</sup> aponta uma capacidade construtora do direito, uma vez que:

O que acontece é, antes, que as “hipóteses legais” são recortadas e por assim dizer *postas* (constituídas) como pressupostos de determinadas regulamentações jurídicas (de natureza civil, penal, ou até de direito público). Ora, ao proceder assim, o legislador tem a liberdade de determinar diferentemente os pressupostos da hipótese, na perspectiva de específicos pontos de vista jurídicos, e, portanto, apreciar e conceber de diferentes modos, tendo em conta as diferentes consequências jurídicas (...).<sup>44</sup> (Grifo no original)

Para Ascensão<sup>45</sup>, ainda, as normas “se concretizam em situações jurídicas”, sendo que para o direito, são “necessariamente um critério de decisão”, surgindo como “medianeira da solução jurídica de casos concretos”, dando “ao intérprete o critério pelo qual ele pode julgar ou resolver”<sup>46</sup>.

Ferraz Jr. busca tratar a norma jurídica como fato, antes de tudo, linguístico, como situação comunicativa em que se concretiza o discurso jurídico, de forma que define as normas jurídicas como “fatos linguísticos, ainda que não exclusivamente linguagem”<sup>47</sup>. Para o referido autor, as normas são também decisões que funcionam como meio para que dadas decisões sejam tomadas, em uma espécie de pré-decisões.

Hespanha, no entanto, acha por bem alertar que:

A concretização do direito em proposições linguísticas (nomeadamente em normas) é sempre uma tradução incompleta e enviesada de um sentido que ultrapassa as palavras, de que estas são sempre um sinal imperfeito e na construção do qual as palavras, em si mesmas – com sua carga semântica acumulada – colaboram muito decisiva e autonomamente. Daí que, por muito clara que pareça ser uma proposição jurídica (uma norma), ela necessite inevitavelmente de um trabalho de “desconstrução do seu sentido” – *i.e.*, de revelação das pré-compreensões e ambiguidades que ela transporta no bojo – e da eleição de um sentido concretamente adequado àquela concreta situação em função da qual tal proposição foi invocada<sup>48</sup>.

Feitas tais colocações, após esse breve passeio pelas mais variadas

<sup>42</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. Cit.* p. 44.

<sup>43</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Op. Cit.* p. 594.

<sup>44</sup> *Idem.* p. 594/595.

<sup>45</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. Cit.* p. 17.

<sup>46</sup> *Idem.*, p. 494.

<sup>47</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 09/10.

<sup>48</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Op. Cit.* p. 658.

definições de norma jurídica, sustenta-se que, a título meramente didático, nesta monografia, a norma jurídica será considerada como proposição jurídica, cujo conteúdo encerra uma hipótese legal, em que pese a impecável demonstração da maioria dos autores aqui citados de que a norma jurídica se estende para muito além da proposição jurídica.

Como já sustentado no âmbito desta monografia, a escolha por se aceitar a definição de norma jurídica como proposição jurídica, não significa um desprezo aos demais conceitos apresentados, mas, tão somente, a eleição do critério didático mais adequado ao estudo que aqui se pretende desenvolver, de modo a facilitar a compreensão do tema que se deseja esmiuçar.

### 2.3 ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA

Após a análise de alguns dos conceitos que fundamentam a norma jurídica, passa-se a analisar os elementos que constituem a norma jurídica, identificando-a como tal. Como em toda a seara da Teoria da Norma Jurídica, os elementos estruturais da norma não são uma unanimidade entre os estudiosos, motivo pelo qual se optou aqui por tratar apenas de alguns destes posicionamentos, tendo em vista não ser este o foco principal desta monografia.

Feita tal consideração, cumpre passar logo à análise da estrutura proposta por Kelsen<sup>49</sup> para quem a norma apresenta uma estrutura lógica hipotética bifásica, consistindo em um comando (norma primária) que imputa uma sanção (norma secundária) para dado ato jurídico ilícito<sup>50</sup>. Para o referido autor, a imputação, como elemento de ligação entre as duas componentes estruturantes da norma jurídica, nada mais é do que a “conexão entre o ilícito e a consequência do ilícito”<sup>51</sup>. O ilícito

---

<sup>49</sup> KELSSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 81/86.

<sup>50</sup> Importante destacar que esse não era o entendimento primeiro de Kelsen. Embora, para o autor a estrutura da norma permanecesse, durante toda a sua construção jurídica, praticamente imutável, a forma como denominava seus componentes se modificou. Inicialmente, em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen considerou que a norma que consistia em um comando deveria ser denominada de norma secundária, ao passo que a outra, que culminava em uma sanção deveria ser chamada de primária. Em sua Teoria Geral das Normas, contudo, Kelsen retificou seu posicionamento ao afirmar que não obstante o conteúdo por ele anteriormente formulado, a norma que descreve a conduta deveria ser considerada como a norma primária, ao passo de que a norma prescritiva de sanção deveria ser denominada como norma secundária.

<sup>51</sup> *Idem.* p. 91.

corresponderia à conduta humana que foge daquela estipulada pela ordem jurídica como *dever ser* que, por sua vez, geraria a responsabilidade do indivíduo de agir conforme o prescrito. Contudo, a conduta ilícita longe de servir como uma negação do Direito serve como pressuposto do Direito, ao desembocar em uma condição necessária para um ato de coerção (sanção)<sup>52</sup>.

Para Cossio a norma jurídica também apresenta, conforme o defendido por Kelsen, uma estrutura bifásica. Contudo, enquanto neste a norma assume o caráter de juízo hipotético, em Cossio<sup>53</sup> a norma jurídica corresponde a um juízo disjuntivo a ser dividido em uma endonorma e por uma perinorma<sup>54</sup>, sendo aquela um comportamento considerado desejável e esperado juridicamente, ao passo de que esta última consistiria em uma sanção prevista para eventual descumprimento do dever estipulado pela endonorma. Tanto a perinorma quanto a endonorma se conjugam disjuntivamente, formando uma norma una, que não pode, sob o risco de se deturpar o correto entendimento estrutural da norma jurídica, ser compreendida como duas normas segregadas, conforme se depreende das palavras de Cossio:

La norma jurídica completa, que en cuanto concepto adecuado al objeto ha de ser disyuntiva para referirse a la posibilidad de posibilidades y no solo a la posibilidad que se da, tiene dos miembros, a los que proponemos llamarlos endonorma (conceptuación de la prestación) y perinorma (conceptuación de la sanción), no sólo para terminar con el caos de las designaciones de normas primaria y secundaria que los diferentes autores usan con sentido opuesto, sino para subrayar que se trata de una norma única y no de dos normas, punto indispensable para entender el concepto de la norma jurídica como un juicio disyuntivo.<sup>55</sup>

Diferente, contudo é a proposta apresentada por Ascensão e Hespanha. O primeiro<sup>56</sup> afirma que a regra jurídica sempre apresentará dois elementos, a saber, a previsão e a estatuição. Hespanha, neste mesmo sentido, chega a afirmar que “a

<sup>52</sup> Importante ressaltar que para Kelsen, o Direito nada mais é do que uma ordem coativa. (KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 35).

<sup>53</sup> COSSIO, Carlos. **La Teoría Egologica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 660/690.

<sup>54</sup> Cumpre destacar que a endonorma corresponderia à norma primária, em Kelsen, ao passo que a perinorma nada mais seria do que a norma denominada, por este autor, de secundária.

<sup>55</sup> Trecho que pode ser traduzido por: “A norma jurídica completa, que enquanto conceito adequado ao objeto há de ser disjuntiva para se referir à possibilidade das possibilidades e não apenas à possibilidade que se dá, tem dois membros a que propomos chamar endonorma (conceituação da prestação) e perinorma (conceituação da sanção), não somente para acabar com o caos das designações de normas primária e secundária que os diferentes autores usam em sentido contrário, e sim para sublinhar que se trata de uma norma única e não de duas normas, ponto indispensável para entender o conceito da norma jurídica como um juízo disjuntivo”. (COSSIO, Carlos. *Op. Cit.* p. 661).

<sup>56</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. Cit.* p. 50.

estrutura comum das normas jurídicas é a de um antecedente (*previsão, hipótese*; a que os italianos chamam *fattispecie* e os alemães *Tatbestand*) a que o direito liga uma consequência ou *estatução (Rechtsfolge)*<sup>57</sup>.

Hespanha<sup>58</sup> acrescenta, ainda, que a **hipótese** é formada por uma situação fática referida no direito, ou, em outras palavras, a previsão corresponderia a “uma leitura ou versão *jurídica* da realidade”. Machado, citado por Hespanha<sup>59</sup>, afirma, inclusive, que “a *facti species* jurídica (...) nos fornece o óculo pelo qual havemos de inspeccionar a realidade de facto”. Ascensão alerta, por fim, para a necessidade de se saber que “a factispécie que preenche a previsão normativa pode ter por pressuposto realidades meramente fáticas (...), mas pode também referir-se a situações já valoradas por outras regras, que daquela são pressuposto”<sup>60</sup>. Para Hespanha<sup>61</sup> a previsão jurídica adota conceitos que, por muitas vezes, sequer podem ser encontrados, exatamente como descritos, na realidade empírica (como no caso das ficções jurídicas) e, em outras, podem se modificar conforme o ramo do Direito em que esteja inserido, não sendo tais fatos estáticos, mas podendo ser conformados de acordo com a conveniência jurídica, desembocando mesmo em “conceitos intencionalmente indeterminados”, de modo a possibilitar ao julgador a promover uma melhor configuração da circunstância concreta à hipótese genérica da norma sem, contudo, desviar-se daquilo que foi proposto pela intenção da norma.

Quanto à **estatução**, em que pese, por diversas vezes ser traduzida na doutrina como uma proibição (no caso das normas proibitivas), ou como uma pena (normas punitivas), não parece adequado esse reducionismo. Isso porque, a despeito do defendido por Kelsen, as medidas citadas não esgotam o rol de consequências que podem advir da estatuição. De fato, podem ocorrer desde efeitos ligados à “concessão de um prêmio, ao reconhecimento de um direito, à sujeição a um certo regime legal (*normas injuntivas*), à remissão para outra norma (*normas remissivas*)”<sup>62</sup>. Assim, mais conveniente seria se afirmar que a estatuição, conforme a concepção de Hespanha<sup>63</sup>, apresenta como consequência jurídica a “constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídica, ou seja, do conjunto de deveres e

<sup>57</sup> HESPANHA, António Manuel. *Op. Cit.* p. 389. Grifos no original.

<sup>58</sup> Idem. p. 590. Grifo no original.

<sup>59</sup> MACHADO, João Baptista., 1973 *apud* HESPANHA, António Manuel., 2009. P. 591.

<sup>60</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. Cit.* p. 500.

<sup>61</sup> HESPANHA, António Manuel. *Op. Cit.* p. 594/599.

<sup>62</sup> Idem. p. 606. Grifo no original.

<sup>63</sup> Idem. p. 607.

direitos que um sujeito jurídico tem perante a ordem jurídica”. Ascensão<sup>64</sup> afirma que a estatuição é o efeito jurídico estipulado pela norma para os casos em que for possível verificar na realidade fática a previsão legal.

Para Hespanha, em novo afastamento da doutrina de Kelsen, ainda há que se atentar para o fato de que assim como nem todas as estatuições são dotadas de deveres, tampouco o são de comandos:

Mas, se nem todas as estatuições consistem em deveres, também nem todas elas contêm, sequer, comandos. Não os contêm, por exemplo, as definições legais. Estas, porém, não constituem normas autónomas, sendo antes “partes de normas” que hão de completar outras normas, essas constituindo já, em princípios, comandos. (...) De modo semelhante, também as normas remissivas carecem de uma imperatividade substancial<sup>65</sup>.

Larenz, por sua vez, aponta que as partes estruturantes da norma jurídica seriam a sua pretensão de validade e a sua pretensão de validade não apenas perante um caso determinado, “sino para todos los casos de ‘tal clase’ dentro de su ámbito espacial y temporal de validez – su carácter general”<sup>66</sup>. Todavia, ainda que não se utilize das mesmas denominações empregadas por Hespanha e Ascensão, seu pensamento encontra consonância com a estrutura da norma proposta por esses autores, uma vez que defende que a norma jurídica, enquanto proposição, deva entrelaçar um fato pincelado em termos gerais a uma consequência jurídica, também definida em modos mais genéricos, o que culminaria, para ele, em uma ordem de validade<sup>67</sup>.

Saliente-se, ainda, que, a exemplo de Hespanha e Ascensão, Larenz também refuta a ideia de estatuição apenas como vedação a dadas condutas. Para ele, são numerosas as normas que produzem efeitos jurídicos diversos, tais como a aquisição ou perdimento de um direito. Assim, em suas palavras, tem-se que:

No toda norma jurídica contiene necesariamente un precepto o prohibición, sí contiene por cierto una orden de validez. Su sentido, como proposición normativa, es poner en vigor consecuencias jurídicas. Por su forma lógica es una proposición hipotética. Viene a decir: Siempre que un hecho

<sup>64</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. Cit.* p. 51.

<sup>65</sup> HESPANHA, António Manuel. *Op. Cit.* p. 607/608.

<sup>66</sup> Cujá tradução corresponde a: “mas sim para todos os casos de tal classe dentro de seu âmbito espacial e temporal de validade – seu carácter geral”, in LARENZ, Karl. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Barcelona: Editora Ariel S. A., 2001. p. 242.

<sup>67</sup> LARENZ, Karl. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Barcelona: Editora Ariel S. A., 2001. p. 242/245.

concreto H realiza al supuesto de hecho S, vale para ese hecho la consecuencia jurídica C; más brevemente: para todo caso de S. vale C.<sup>68</sup>.

Para Bobbio embora a norma possua uma estrutura de proposição prescritiva, ou seja, de comando, não necessariamente ela envolverá uma sanção, embora esta possa ocorrer com considerável frequência. Em que pese defenda que as normas jurídicas são “aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”<sup>69</sup>, o autor também admite que podem existir normas sem sanção, que nem por isso afastarão o caráter sancionatório como um dos elementos do ordenamento jurídico<sup>70</sup>.

Em síntese, pode-se considerar que, em uma doutrina mais conservadora e tradicional, a sanção corresponderia a um elemento obrigatório da estrutura da norma, ao passo que, em sua concepção mais crítica e atual, esta consistiria em um entrelaçamento de uma previsão legal com uma estatuição, que não necessariamente incorrerá em comando ou sanção.

## 2.4 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Ao tratar da classificação das normas jurídicas se faz necessária a percepção de que muitas são as formas de se dividi-las, variando conforme a categoria eleita para se analisá-las. Não há como se adotar um critério único de classificação e coroa-lo como um caminho exclusivo. A Teoria da Norma Jurídica consiste em um campo fértil e amplo e incorrer em simplificações precipitadas pode ser considerado, no mínimo, como uma atitude temerária. Portanto, em razão de não ser a análise da Teoria Geral da Norma o objetivo final desta monografia, mas antes, o caminho a ser percorrido para o desenvolvimento de um critério adequado para a distinção das normas processuais penais daquelas consideradas penais, neste tópico se buscará efetuar um breve olhar sobre as classificações que parecerem

---

<sup>68</sup> Cuya traducción no literal corresponde a: “Nem toda norma jurídica contém necessariamente um preceito ou proibição, mas contém por certo uma ordem de validade. Seu sentido, como proposição normativa, é colocar em vigor consequências jurídicas. Por sua forma lógica é uma proposição hipotética. Vale dizer: Sempre que um fato concreto H realiza o previsto no fato S, produz para esse fato a consequência jurídica C; em síntese: para todo caso de S acontece C” (LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 248).

<sup>69</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 140.

<sup>70</sup> *Idem.* p. 154/157.

mais pertinentes ao estudo ora desenvolvido.

Ao tratar da classificação das normas, Ascensão frisa que “as regras jurídicas são multidão”<sup>71</sup>, motivo pelo qual ao se analisá-las se faz imprescindível separá-las por setores, promovendo-se divisões de acordo com os mais variados critérios, o que permitirá, em síntese, a melhor organização das normas jurídicas para análise, uma vez que seu grande número torna impossível sua compreensão se não se operarem divisões, e o melhor conhecimento de cada regra jurídica, por meio da categoria em que esta se inserirá. O autor afirma, ainda, que:

Esta última é a maior vantagem, e é graças a ela que a tarefa de classificação não se reduz a mera operação formal. Será aliás a preocupação de retirar alguma coisa de cada termo em análise que imporá a limitação das classificações se iremos utilizar. Em abstrato, o número de classificações é infundável; em concreto, devemos limitar-nos àquelas que nos revelem termos que ofereçam a susceptibilidade de um aprofundamento adicional da regra jurídica<sup>72</sup>.

Bobbio<sup>73</sup>, ao tratar da classificação das normas jurídicas também ressaltou serem “possíveis muitas distinções entre as normas jurídicas”. Contudo, referido doutrinador optou por elaborar uma linha de pesquisa promovendo uma diferenciação entre os próprios critérios de classificação. Dessa forma, ressaltou que existem distinções embasadas no modo como as normas são postas ou então nos indivíduos a que são destinadas e, mesmo, relacionadas à natureza e à estrutura da sociedade regulada. Destacou, ainda, que o critério de divisão adotado pode, também, versar sobre o conteúdo das normas e é esse o foco que interessa a essa monografia, uma vez que é em seu bojo que encontramos a distinção entre normas substanciais e normas processuais, objeto deste trabalho.

No entanto, ainda que selecionada a classificação a ser tratada, há que se atentar para o fato de que esta é encarada de maneira distinta pelos mais diversos autores, apresentando diferenças tanto na nomenclatura, quanto em conceituações e critérios de reconhecimento e separação. Assim, passa-se, agora, ao estudo mais detalhado da classificação das normas jurídicas em materiais e formais.

---

<sup>71</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. Cit.* p.513.

<sup>72</sup> *Idem.*

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 159.

#### 2.4.1 Normas Materiais e Normas Formais: a questão da nomenclatura

Para se tratar da diferenciação entre as normas jurídicas materiais e as normas jurídicas formais, há que primeiramente se ter a noção de que outras nomenclaturas podem ser utilizadas para designar as normas assim classificadas. Da mesma forma, nem sempre as expressões “material” e “formal” correspondem aos mesmos tipos de regras. Assim sendo, claro está que a temática da distinção entre esses dois tipos de norma é um problema complexo, a ser percorrido com cuidado, sob o risco de se incorrer em confusões desnecessárias que dificultarão ainda mais o processo de distinção que nesta pesquisa se pretende desenvolver.

Em que pese, em dadas ocasiões, as expressões referidas sejam utilizadas em sentido diverso ao tradicional<sup>74</sup>, em muitas outras<sup>75</sup>, as normas por elas designadas são denominadas por outros nomes, tais como “norma primária” e “norma secundária”. Ferraz Jr.<sup>76</sup>, no entanto, atenta para o fato de que referida nomenclatura é preterida por diversos autores, em virtude de sua alta carga valorativa. Há, ainda, autores que consagram as expressões “substantiva” e “adjetiva” para designar as normas jurídicas matérias e formais, respectivamente.

A ampla gama de termos e de critérios de distinção vai ainda além do que o exposto nesta monografia. Tal fato somente torna premente a necessidade de se eleger uma única nomenclatura, bem como o critério distintivo por ela proposto, uma vez que, se assim não se proceder, será praticamente impossível perseguir o objetivo contido neste trabalho. Deste modo, opta-se pelas expressões primeiramente citadas, a saber, “material” e “formal” que, muito embora estejam longe da perfeição terminológica, são as mais adequadas em razão de exprimir a ideia de dualidade que permeia o universo do direito, inclusive no que tange as normas jurídicas, afastando a ideia, propalada por muitas das nomenclaturas utilizadas, de uma categoria de normas subordinada à outra<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Como, por exemplo, Recaséns Siches que considera que o aspecto formal de uma norma se deve ao fato de esta ser elaborada, enquanto que o aspecto material deriva de sua obrigação de estar em harmonia com a realidade social.

<sup>75</sup> Tais como as doutrinas de Kelsen e Hart.

<sup>76</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001. p. 122.

<sup>77</sup> Tal como quando se utilizam nomenclaturas tais como: “de primeiro e de segundo grau”, “primárias e secundárias”, “substantivas e adjetivas” e mesmo “materiais e instrumentais” que, por sua vez, transmitem a ideia de subordinação de umas às outras.

Definida a terminologia a ser utilizada ao longo desta monografia, necessário se faz a correta delimitação daquilo que se considera como norma material e como norma formal.

#### 2.4.2 Normas Materiais e Normas Formais: distinção

Quando se propõe a classificação das normas jurídicas na dicotomia formal-material é imprescindível a percepção de que tal classificação, do modo como é tratada no presente trabalho, não tem por ambição remeter nenhuma dessas modalidades de norma a um caráter meramente subsidiário e derivado da outra. Não se pretende, assim, traçar esse estudo de forma a relegar uma dessas espécies a uma condição de menos relevante do que a outra. Ao contrário, o que se deseja é ressaltar que ambas as categorias se complementam, possuindo um grau de importância equivalente e que o ordenamento jurídico jamais estaria completo caso se considerasse apenas um desses dois tipos de norma em detrimento do outro.

A importância de se considerar que as normas formais e as normas materiais, longe de se excluírem, se complementam é tal que Hart chegou a afirmar que “el derecho puede ser caracterizado en la forma más esclarecedora como una unión de reglas primarias de obligación con esas reglas secundarias”<sup>78</sup>.

Quando se trata das normas como parte integrante de um sistema jurídico, não se pode olvidar que, assim como acontece com o Direito, é impossível conceber a ideia de regra jurídica sem considerar-se um perfil dúplice em sua constituição, formado por um aspecto material e outro aspecto formal.

Assim, quando se considera que a norma jurídica regula fatos concretos, exteriorizando-se por meio da linguagem, verifica-se que os acontecimentos cotidianos da sociedade, entendidos na ordem do “ser” são traduzidos pelo legislador em uma norma jurídica, adquirindo o status do “dever ser”, indicando que toda regra possui matéria, representada pelo seu núcleo, e forma, que nada mais seria do que a proposição pela qual esse conteúdo se expressa linguisticamente (na forma de proposição, discurso, entre outros).

---

<sup>78</sup> Tradução da autora: “o direito pode ser caracterizado na forma mais esclarecedora como uma união de regras primárias de obrigação com essas regras secundárias”. (HART, H.L.A.. *Op Cit.* p. 117)

Desse modo verifica-se que o aspecto material da norma nada mais é do que o seu conteúdo, ao passo que o aspecto formal corresponde à maneira como esse conteúdo é expresso. Contudo, esta distinção proposta ainda não é a que se pretende analisar no corpo desta pesquisa. Para esta monografia interessa, antes de tudo, analisar um critério que permita, com segurança, que as normas jurídicas sejam divididas em formais e materiais enquanto conjunto de regras e não no que tange a sua estrutura interna. O que se pretende é a compreensão dos elementos que provocam tamanhas diferenças entre tais normas de modo que já não podem pertencem a uma mesma modalidade de ordem normativa.

Partindo-se, agora, ao núcleo do problema da distinção das normas jurídicas como pertencentes ao subsistema formal ou ao subsistema material, temos a lição ministrada por Bobbio, para quem as regras de um ordenamento jurídico podem ser divididas em *normas de conduta* e em *normas de estrutura* ou de *competência*. Enquanto as normas de conduta seriam aquelas que prescreveriam dada ação (ou proibição) aos seus destinatários, as normas de estrutura são aquelas que prescrevem “as condições e os procedimentos por meio dos quais são emanadas normas de conduta válidas”<sup>79</sup>.

Para Bobbio, as normas de conduta mais do que destinadas aos cidadãos, seriam de importância extrema para o juiz, enquanto aplicador do Direito. Desse modo, tais normas representariam limites de conteúdo ao poder normativo do magistrado quando de sua atuação no caso concreto, apontando os casos em que poderá ocorrer a sua interferência. Já as normas de estrutura corresponderiam aos limites formais da atividade do juiz e criariam balizas de sua discricionariedade dentro de determinados limites legislativos, uma vez que o vinculariam, obrigatoriamente, a dados ritos estipulados pela lei formal. Nas palavras do referido autor, tem-se que:

As leis relativas ao *direito substancial* podem ser consideradas, sob um certo ângulo visual (ou seja, enquanto forem compreendidas como regras destinadas mais aos juízes do que aos cidadãos) como limites de conteúdo ao poder normativo do juiz: em outras palavras, a presença das leis de direito substancial faz com que o juiz, ao decidir uma controvérsia deva procurar e encontrar a solução naquilo que as leis ordinárias estabelecem. Quando se diz que o juiz *deve* aplicar a lei, isso significa, em outras palavras, que a atividade do juiz é limitada pela lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei: se essa

---

<sup>79</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 186.

correspondência não ocorre, a sentença do juiz pode ser declarada inválida, nos mesmos moldes de uma lei ordinária não-conforme com a constituição. As leis relativas ao *processo* constituem, por sua vez, os limites formais da atividade do juiz: isso significa que o juiz está autorizado a emanar normas jurídicas no caso concreto, mas deve emaná-las segundo um rito em grande parte preestabelecido pela lei<sup>80</sup>.

O pensamento defendido por Bobbio é bastante semelhante àquele anteriormente sustentado por Kelsen, segundo o qual para a correta aplicação das normas se faz necessária a individualização, pela ordem jurídica, dos órgãos que se incumbirão desta função. Em suas palavras, “é necessário que se determine sob que condições um determinado indivíduo funciona como juiz ou autoridade administrativa”<sup>81</sup>. Além disso, se faz imprescindível a delimitação do rito pelo qual tal função será exercida. Para o autor, a norma geral que associa um fato abstrato a uma consequência abstrata precisa ser dotada de individualização para sua correta aplicação. Assim, para a aplicação adequada de uma norma geral é preciso a análise de se o fato descrito abstratamente na norma ocorreu concretamente na realidade empírica, de modo que alguém ordene que sobre tal situação incida a consequência prevista abstratamente na norma. Desse modo, as normas gerais a serem aplicadas, tanto pelos órgãos jurisdicionais quanto pelos órgãos administrativos, são dotadas de dupla funcionalidade, a saber, “a determinação destes órgãos e do processo a observar por eles” e “a determinação do conteúdo das normas individuais a produzir neste processo judicial ou administrativo”<sup>82</sup>.

É desse contexto que Kelsen faz brotar, em sua obra, a distinção entre as normas formais e as normas materiais. Segundo ele, o Direito formal consistiria em regras que estipulam as funções e organização dos órgãos judiciais e administrativos, ao passo que o Direito material seria aquele cujas regras preveriam o conteúdo dos atos judiciais e administrativos a serem executados por tais órgãos. Discipula o autor que:

Como Direito formal designam-se as normas gerais através das quais são regulados a organização e o processo das autoridades judiciais e administrativas, os chamados processo civil e penal e o processo administrativo. Por Direito material entendem-se as normas gerais que determinam o conteúdo dos atos judiciais e administrativos e que são em geral designadas como Direito civil, Direito penal e Direito administrativo, muito embora as normas que regulam o processo dos tribunais e das

<sup>80</sup> Idem. p. 205/206. Grifos no original.

<sup>81</sup> KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 256.

<sup>82</sup> Idem.

autoridades administrativas não sejam menos Direito civil, Direito penal e Direito administrativo<sup>83</sup>.

De acordo com Reale<sup>84</sup> as normas se subdividem em normas de conduta e instrumentais (de organização), sendo que as de conduta corresponderiam àquelas que disciplinam o comportamento dos cidadãos ou as atividades dos grupos e entidades pertencentes à dada sociedade, ao passo que as instrumentais regulariam a estrutura e o correto funcionamento dos processos de identificação e aplicação normativas.

Já Tércio Sampaio Ferraz Jr. aponta a possibilidade de se classificar as normas de acordo com sua estrutura, ocasião em que seriam divididas em normas primárias e normas secundárias. Segundo ele, inicialmente tal distinção consistia em um critério de avaliação da importância das normas, vez que as regras primárias seriam superiores, por seu valor, às secundárias. Desse modo, à esteira do que lecionou Kelsen, as normas primárias seriam aquelas que estabeleceriam uma conduta, enquanto que as secundárias disciplinariam uma sanção para a referida conduta<sup>85</sup>. Tal avaliação por critério de importância não é mais válida. Ferraz Jr. sustenta que, na atualidade, tal critério cedeu espaço a “uma mera relação inclusiva”, de modo que se uma norma disciplina a própria ação (ou omissão) ela é primária, contudo, se disciplina outra norma, ela é secundária<sup>86</sup>.

Hart também refuta a nomenclatura formal x material em prol das expressões “primária” e “secundária”. Em que pese tal fato, sua distinção em muito se aproxima daquelas propostas pelos outros autores. Para ele, caso em um ordenamento jurídico se considerasse a existência apenas de normas primárias, que estipulam obrigações (ou seja, condutas), se negaria a este a possibilidade de modificar-se e atualizar-se, pois ele seria um sistema estático e ineficiente. Desse modo, se faz necessário admitir, também, a presença de normas que estabeleçam poderes e procedimentos para a adaptabilidade a novas situações, conferindo versatilidade ao ordenamento jurídico, de modo que lhe seja possível acompanhar a realidade adequadamente. Estas últimas normas seriam denominadas secundárias, pois dependeriam das primárias, e confeririam a determinados indivíduos o poder

---

<sup>83</sup> Idem.

<sup>84</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. p. 97.

<sup>85</sup> KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p.81/86.

<sup>86</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. p. 121.

para criar, extinguir ou modificar regras de dado ordenamento jurídico<sup>87</sup>. Assim, têm-se as palavras do pré-citado autor:

Para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; la del segundo tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones<sup>88</sup>.

Como se depreende das classificações apresentadas, as distinções, apesar das diferentes maneiras de nomeá-las, consistem em critérios bastante próximos, de forma que seria possível concluir que, enquanto as normas formais tratariam do modo como seria aplicada uma norma individual, as normas materiais estipulariam o que mereceria ser objeto dessa aplicação.

Em síntese, diante de todos os conceitos apresentados, verifica-se que as normas materiais são aquelas que possuem um conteúdo específico e apontam um dever de conduta, vinculando os indivíduos a uma ação ou omissão, independentemente de sua vontade. Já as normas formais são as que regulam os instrumentos de aplicação do processo, tendo como objetivo que as normas materiais sejam satisfatória e corretamente aplicadas ao caso concreto, sem que se provoque distorções e injustiças no sistema jurídico.

Por fim, analisando-se os diversos critérios de distinção das regras materiais e formais aqui apresentados, se torna perceptível que ainda há um longo caminho a ser percorrido até o desenvolvimento de um critério satisfatório de diferenciação das

<sup>87</sup> HART, H. L. A. *Op Cit.* p. 100/101.

<sup>88</sup> Tradução da autora: "Para fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico, é necessário distinguir entre dois tipos diferentes, ainda que relacionados, de regras. Segundo as regras de um dos tipos, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, se prescreve que os seres humanos façam ou omitam certas ações, querendo ou não. As regras do outro tipo dependem, em certo sentido, das do primeiro, ou são secundárias em relação a elas. Porque as regras do segundo tipo estabelecem que os seres humanos podem, fazendo ou dizendo certas coisas, introduzir novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar regras anteriores, ou determinar de diversas maneiras o efeito delas, ou controlar sua atuação. As regras do primeiro tipo impõe deveres; as do segundo tipo se referem a ações que implicam movimento ou mudanças físicas; as do segundo tipo preveem atos que conduzem não simplesmente a movimento ou trocas físicas, mas sim à criação ou modificação de deveres ou obrigações". (HART, H.L.A.. *Op Cit.* p. 101)

regras processuais penais em relação às regras penais. Com o intuito de melhor se compreender a natureza geral das normas materiais e das normas formais, passa-se, agora, a uma análise mais aprofundada de cada uma delas.

## 2.5 NORMA JURÍDICA MATERIAL

Em que pese a enorme quantidade de divergências tanto na nomenclatura quanto nos critérios de distinção das normas jurídicas materiais daquelas consideradas formais, verifica-se que todas as diferenciações elaboradas acabam, de um modo ou de outro, tangenciando o objeto imediato da norma, uma vez que mediatemente toda norma jurídica disciplina a conduta.

Partindo-se dessa premissa é possível afirmar que as normas materiais são aquelas responsáveis por definir o que deve ser feito ou o que é proibido aos indivíduos que pertencem à dada sociedade, estendendo-se mesmo às pessoas jurídicas. Em outras palavras, pode-se afirmar que tais normas são aquelas que prescrevem uma conduta esperada e desejada, facultada ou vedada terminantemente pela sociedade.

Para Barros Carvalho, as normas materiais<sup>89</sup> possuem um sentido semelhante ao exposto, uma vez que regulam diretamente a conduta das pessoas, em suas relações intersubjetivas<sup>90</sup>. Dessa maneira, conclui-se que as normas materiais são as responsáveis por definir a conduta que regerá a vida dos indivíduos a partir de suas relações sociais uns com os outros e com a realidade que os cerca, de modo que terão como objeto imediato o comportamento social em si a partir do momento em que se traduz na realidade fática.

Assim sendo se pode afirmar que as normas materiais visam nada menos que a estipulação de critérios de conduta, sendo direcionadas aos sujeitos vivos em sociedade. Tal classe de normas constitui um sistema jurídico capaz de definir mecanismos para a solução de conflitos, e espalham-se pelos mais diferentes ramos do Direito, tais como civil, administrativo, penal, entre outros.

Considerando-se que as normas jurídicas materiais se propõem à resolução

---

<sup>89</sup> Em que pese as denomine de regras de comportamento.

<sup>90</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 187.

de conflitos fáticos, evidente a sua necessidade de portar mecanismos que lhes confirmam a garantia de que conseguirá influenciar o comportamento alheio. Desse modo, as normas jurídicas materiais devem ser dotadas de sanção ao ponto de revestirem-se com a eficácia reforçada propagada por Bobbio, que lhes permitirão exercer certo “poder” sobre os indivíduos, cujas condutas buscam regular.

Em suma, a norma jurídica material nada mais é do que um foco de regulação da conduta humana, podendo determinar a obrigatoriedade de uma ação ou de uma omissão, de modo a gerar direitos e deveres de um indivíduo em relação a outro e em relação à sociedade que o cerca, podendo se manifestar, também, como forma de disciplina da estrutura e da finalidade das pessoas jurídicas.

Necessário ressaltar, ainda, o caráter dinâmico que envolve as normas jurídicas materiais e que delas não pode ser dissociado. Kelsen chegou a afirmar, no campo que denominou de *dinâmica jurídica*, que o objeto das normas materiais corresponde ao Direito em seu movimento, interessando-lhe o processo jurídico que leva à produção e aplicação deste Direito<sup>91</sup>. Assim sendo, considerando-se que toda essa dinamicidade confere às regras de direito material constantes modificações que brotam da realidade empírica, conclui-se que razão assiste a Bobbio quando aponta que o sistema normativo de dada sociedade é capaz de caracterizar os homens que a constituíram<sup>92</sup>.

Por fim, há que se atentar para o fato de que por mais que haja a divisão entre normas de direito material e normas de direito formal consiste em equívoco sustentar que uma das modalidades pode existir sem a outra. Analisando-se o universo jurídico verifica-se que ambas caminham juntas em um processo simbiótico, em que se sustentam e se complementam. De fato, de nada adiantaria a norma jurídica material, ainda que dotada de eficácia reforçada em decorrência da coercibilidade que encerra, caso não houvesse as normas formais para efetivamente concretizar essa ameaça de coação. Conclui-se, portanto, que, assim como as normas formais encontram suas balizas de regulação nas normas materiais, estas são protegidas pela coercitividade que emana daquelas. Há que se lembrar, ainda, que nem sempre essa distinção entre normas materiais e normas formais é fácil de ser reconhecida na prática, já que, frequentemente, ambas se cruzam e adquirem características semelhantes, motivo pelo qual não se pode alienar da norma material

---

<sup>91</sup> KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 79/80.

<sup>92</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 4/5.

parte do seu caráter, essencialmente instrumental, bem como não se pode olvidar que a norma formal também apresenta pontos de convergência com a norma material. Tal confluência, todavia, não pode servir de escusa ao intérprete do Direito para que, quando da aplicação da norma, tal distinção não seja feita corretamente.

## 2.6 NORMA JURÍDICA FORMAL

Do mesmo modo que a norma material é dotada de dinamicidade, a norma jurídica formal possui forte tendência à estabilidade, já que tem como função o controle da ação estatal que, por sua vez, não apresenta tantas oscilações e surpresas como a realidade fática social.

Partindo-se da mesma metodologia utilizada para se conceituar as normas materiais, constata-se que, ao delimitar a norma jurídica formal pelo seu objeto imediato, é possível concebê-la como aquelas responsáveis por garantir que as ações reguladas pelas normas materiais ocorram da melhor forma possível.

O campo de atuação das normas formais configura-se em todas as vezes que o Estado tem o dever de intervir por meio de uma regulação já positivada previamente para garantir a adequada aplicação de uma norma material que se concretizou em um fato empírico. Além disso, a norma formal também possui a função de derivar outras normas. Barros Carvalho, utilizando-se do termo “normas de estrutura” para designar as normas jurídicas formais, acha por bem aproximá-las das normas materiais, ao afirmar que ambas regulam as condutas interpessoais. Contudo, as diferencia ao caracterizar as normas formais como aquelas que têm por objeto “os comportamentos relacionados à produção de novas unidades deôntico-jurídicas”, o que culminaria em sua regulação aos órgãos e procedimentos, de forma a criar, extinguir ou transformar as regras que compõe dado ordenamento jurídico<sup>93</sup>.

O supracitado autor<sup>94</sup> traça um interessante paralelo entre o papel das normas jurídicas formais para o sistema de direito positivo e o papel representado pelas regras gramaticais para um idioma historicamente representado. Para ele, assim como as regras da Gramática discorrem sobre como combinar expressões e

---

<sup>93</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. Cit.* p. 187.

<sup>94</sup> *Idem.* p. 188.

vocábulos para a produção de orações sintaticamente pertinentes, as regras formais apontam caminhos instrumentais necessários para que se editem normas jurídicas válidas a um dado sistema jurídico, apontando, inclusive, os órgãos que deverão se incumbir de tal trabalho. Seu papel vai ainda além: é sua função estipular o modo como tais regras serão alteradas ou desconstituídas.

Corroborando o caráter essencialmente técnico das normas formais o entendimento de Ferraz Jr., para quem as regras formais consistem em normas sobre normas<sup>95</sup>. Realmente, verifica-se que as normas formais são as responsáveis por gerir os meios de exteriorização das condutas regidas pelas normas materiais.

Ainda no âmbito da conceituação da categoria das normas jurídicas formais, se faz imprescindível o reconhecimento de que mesmo esta é passível de divisão. De fato, as regras formais podem ser subdivididas em normas de elaboração e em normas de aplicação, ambas com fortes tendências instrumentais. As regras formais de aplicação consistiriam naquelas que regulam o procedimento a ser adotado para a efetivação de uma dada norma material, estabelecendo balizas à atuação do magistrado. Para Bobbio tais normas são aquelas que visam instruir os juízes sobre “como devem ser emanadas aquelas normas individuais e concretas que são as sentenças”<sup>96</sup>. Já as normas de elaboração corresponderiam às regras formais que estipulam os procedimentos legislativos para a elaboração, modificação ou extinção de uma dada norma jurídica. Nas lições de Bobbio, tais regras seriam aquelas que “regulam o modo de regular um comportamento; ou, mais precisamente, o comportamento que elas regulam é aquele de produzir regras”<sup>97</sup>.

Analisando-se o objeto dessas duas subespécies de normas formais, verifica-se que apenas a última pode ser considerada processual, em que pese, com certa frequência, o termo “processo” seja utilizado em relação aos procedimentos legislativos, o que pode levar a confusões desnecessárias.

Considerando-se que o objeto desta monografia é a diferenciação das regras penais materiais em relação às regras processuais penais, parece adequado analisar mais detalhadamente as características das normas processuais, de modo que posteriormente se possa esmiuçar com propriedade o critério de distinção.

---

<sup>95</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. p. 122.

<sup>96</sup> Idem. p. 197.

<sup>97</sup> Bobbio, Norberto. *Op. Cit.* p. 196.

### 2.6.1 Normas Jurídicas Processuais

Como já demonstrado no âmbito da presente pesquisa, as normas jurídicas processuais consistem em uma classe específica de normas formais, voltadas a métodos de aplicação de outras normas jurídicas.

Para Chiovenda a norma processual nada mais é do que aquela que regula a atuação normativa no processo e, sobretudo, a que delimita a relação processual. Segundo o lecionado por ele, as normas processuais são caracterizadas por ter como objeto ou a regulação da formação dos órgãos ligados à atividade jurisdicional, estendendo-se desde sua condição jurídica até a capacidade dos órgãos públicos e das partes de atuar no processo ou, então, por controlar as formas de atuação da lei<sup>98</sup>, bem como os direitos e deveres dos órgãos públicos e das partes envolvidas no processo, além, é claro, da forma e dos efeitos dos atos processuais, sem olvidar dos meios jurídicos necessários para o correto desenvolvimento processual<sup>99</sup>.

Figueiredo Dias<sup>100</sup>, ao tratar do tema relacionado ao panorama criminal, defendeu que as normas processuais nada mais são do que aquelas responsáveis por orientar e disciplinar o processo. Para ele, a função essencial destas normas cumpre-se na decisão sobre se, na realidade, ocorreu em concreto a hipótese prevista em uma norma de conduta, e em caso afirmativo, na decisão sobre a consequência jurídica que dali deriva.

Bobbio, ao tratar da Teoria do Ordenamento Jurídico, achou por bem esclarecer que as normas de estrutura (ou formais) são aquelas responsáveis por regular a produção de outras regras. Analisando-se a sua obra, verifica-se que para o referido doutrinador, a própria sentença é uma norma, individual e concreta, a ser produzida<sup>101</sup>. Desse modo, em que pese não se utilize da expressão “normas processuais”, pode se afirmar que, para ele, toda vez que uma regra regule o modo

---

<sup>98</sup> Chiovenda utiliza-se do termo lei para se referir tanto à norma jurídica quanto à lei propriamente dita. Em que pese essa utilização indiscriminada da expressão, é necessário se ressaltar que ambos não se confundem. Sendo a lei a mera expressão propositiva de uma ou mais normas jurídicas. É a lei, portanto, a maneira como a norma é expressa, após passar por processos legislativos. Para o tema tratado nesta monografia, no entanto, em que pese essa distinção continue importante, ela não se faz indispensável.

<sup>99</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**. v. 01. Madrid: Editorial Reus (S.A.), 1922. p. 120.

<sup>100</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal: parte geral**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1984. p. 36.

<sup>101</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 196/198.

e o procedimento que levam à produção de uma sentença, ela é considerada processual.

Delimitado o objeto da norma jurídica processual, interessante se faz a percepção de que as regras processuais, enquanto categoria das normas jurídicas, são dotadas das mesmas características que elas. Assim, pode se afirmar que são heterônomas, uma vez que se sobrepõe independentemente da vontade individual das pessoas, caracterizam-se pela obrigatoriedade, já que o desconhecimento de sua existência não configura escusa válida, e pela bilateralidade que decorre de sua própria natureza, que encerra um direito-dever, levando os dois polos da relação jurídica processual a alternarem-se em uma cadeia de situações ativas e passivas, desembocando na entrega da prestação jurisdicional pelo magistrado.

Importante ressaltar, ainda, que mesmo as normas processuais são dotadas de sanção, uma vez que a sua não observância pode levar a penalidades tais como a ineficácia do ato processual, ou a extinção do processo. Tais sanções, a exemplo dos que acontece com as demais normas jurídicas, são dotadas de eficácia reforçada, tendo em vista que, conforme preleciona Bobbio, são definidas e institucionalizadas previamente, além de obedecerem, ao menos teoricamente, a critérios de proporcionalidade e precisão na designação da resposta à violação<sup>102</sup>.

Chiovenda destaca, em entendimento posteriormente adotado por Marques<sup>103</sup>, que a norma processual pertence flagrantemente ao direito público, já que regula direta ou indiretamente uma atividade pública<sup>104</sup>. Marques salienta, também, que consiste em equívoco defender que as normas processuais são exclusivamente de ordem instrumental. Para ele, tais regras não podem ser encaradas como simplesmente uma ferramenta técnica para a concretização das normas materiais. Não obstante realmente esse caráter técnico seja muito forte, essa técnica deve vir informada por ideologias e valores que visem à efetivação da justiça<sup>105</sup>. Isto posto, tem-se, de acordo com as palavras proferidas pelo autor, a afirmação de que:

Se é exato que o *procedimento* tem decisivamente caráter técnico, cumpre

---

<sup>102</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 139/142.

<sup>103</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. v. 1. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 38.

<sup>104</sup> CHIOVENDA, José. *Op. Cit.* p. 122.

<sup>105</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 37.

não esquecer que o *modus faciendi* dos atos processuais (e respectiva coordenação) está intimamente preso ao sentido finalístico do processo. A técnica procedimental deve encontrar-se a serviço da função que tem o processo, para que este torne aplicável o direito objetivo de maneira sempre harmônica com os interesses da justiça<sup>106</sup>.

Nesse mesmo viés, Tornaghi defende que as normas processuais são também dotadas de ética. Para ele, apenas se ética e técnica se entrelaçarem firmemente é que se poderá falar em garantia de processo como meio justo de resolução de conflitos<sup>107</sup>. Afirma, ainda, que “o processo não é fim em si mesmo, é meio”, meio este que deve se submeter à ética que emana da lei abstrata. De tudo isso se verifica que não há como conceber a norma processual eficaz sem a ética e sem a técnica que a compõe, sob pena de se ter um sistema ineficiente. Dessa forma, conclui-se que a norma processual só é boa na medida em que contribui para a correta aplicação da norma material<sup>108</sup>.

Por fim, ressalte-se que as regras processuais, em que pese seu caráter fortemente instrumental, não devem ser entendidas como inferiores às normas materiais, sendo, antes, o meio de concretização destas últimas. Somente partindo-se dessa premissa é que se pode chegar ao verdadeiro papel desempenhado pelas normas jurídicas em um dado ordenamento, de modo a se compreendê-las não como caracteres isolados e autônomos, mas como parte de uma ampla rede, denominada sistema jurídico.

---

<sup>106</sup> Idem.

<sup>107</sup> TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. v. 1. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 68.

<sup>108</sup> Idem.

### 3 DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL: INTERDISCIPLINARIEDADE

Quando se trata de estudar com afinco as disciplinas de Direito Penal e de Direito Processual Penal, inegável se torna o fato de que ambas as ciências encontram-se fortemente entrelaçadas, em uma relação de interdependência indiscutível.

De fato, quando se considera que o Direito Penal é “el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto la pena como consecuencia jurídica”<sup>109</sup> e que o Direito Processual Penal consiste em um “conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”<sup>110</sup>, verifica-se que um não pode existir plenamente sem o amparo do outro. O Direito Processual Penal não pode exercer sua função caso não exista o Direito Penal para tipificar os delitos e cominar a eles, abstratamente, as penas respectivas. Do mesmo modo, não há como se conceber um Direito Penal eficaz e seguro se não houver um Direito Processual Penal pronto a fazer cumprir os seus preceitos da maneira adequada, zelando pelo bom andamento do processo.

De acordo com Figueiredo Dias, a definição do Direito Penal se distingue de forma inegável do Direito Processual Penal. Afirma o referido autor que enquanto o Direito Penal material visa “a definição dos pressupostos do crime e das suas concretas formas de aparecimento”, bem como a “determinação tanto em geral, como em espécie das consequências ou efeitos que à verificação de tais pressupostos se ligam”, assim como as maneiras de se conectar tais pressupostos àquelas consequências, o Direito Processual Penal se incumbem da “regulamentação jurídica dos modos de realização prática do poder punitivo estatal, nomeadamente através da investigação e da valoração judicial do crime indiciado ou acusado”<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Tradução da autora: “o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do estado, associando ao delito, como pressuposto a pena como consequência jurídica.” (MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. t. 1. 2. ed. rev. e atual. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949. p. 27).

<sup>110</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. 1. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 32.

<sup>111</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.* p. 7.

Para Tourinho Filho, o Direito Processual Penal é o responsável por estipular as normas pelas quais o Direito Penal deverá caminhar. A simbiose entre as duas disciplinas é tamanha, que o referido autor chegou a sustentar que a primeira consiste no elemento dinamizador da segunda<sup>112</sup>. Segundo ele, “O Direito Penal material é a energia potencial; o Direito Processual Penal é o meio pelo qual essa energia pode colocar-se, concretamente, em ação”<sup>113</sup>.

Importante se faz a constatação de que a interdisciplinaridade entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal é tamanha que, por muito tempo, acreditou-se que ambos consistiam em uma única disciplina, sendo o segundo uma mera categoria do primeiro. Desse modo, o Direito Processual Penal era caracterizado como o Direito Penal adjetivo, de caráter meramente instrumental a serviço do Direito Penal. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar chegam a afirmar que o Direito Penal seria costumeiramente dividido em direito penal substantivo e adjetivo, podendo ser denominado em direito penal de fundo e de forma<sup>114</sup>.

No entanto, conforme sustenta Bittencourt, na atualidade tal distinção foi superada, uma vez que se chegou à percepção de que o Direito Penal Processual é autônomo e dotado de conteúdo próprio, não devendo ser considerado como mero componente do Direito Penal<sup>115</sup>. Tal entendimento corrobora as lições de Marques, para quem a autonomia do Direito Processual Penal decorre do fato de possuir objeto e princípios próprios, sendo, portanto, sem qualquer nexos a sua designação de Direito Penal adjetivo<sup>116</sup>.

Em que pese o sistema normativo penal ser composto por normas e conhecimentos próprios, que não se confundem com aqueles disciplinados pelo Direito Processual Penal, não havendo a pretensão para que o último seja considerado como um ramo do Direito Penal, há que tomar o devido cuidado para que ambos mantenham um estreito vínculo, inclusive, mantendo relações de dependência entre um e outro, evitando-se sua dissociação e desnaturação, uma vez que o Direito Processual Penal acaba por encerrar um meio e nunca um fim em

---

<sup>112</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

<sup>113</sup> Idem.

<sup>114</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 289.

<sup>115</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 8.

<sup>116</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 33/34.

si mesmo<sup>117</sup>.

Para Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar por mais que o objeto de ambas as disciplinas não coincida, é necessário que os princípios correspondentes a cada uma delas sejam “estritamente paralelos”. Segundo os referidos autores, “embora seja correta a afirmação de que *o direito penal não toca sequer num fio de cabelo do delinquente*, não seria menos correta a de que o direito processual, se órfão do penal, ostentaria fartas melenas, o que atesta sua recíproca dependência”<sup>118</sup>.

Importa que Direito Processual Penal e Direito Penal possuam laços tão fortes porque o *ius puniendi* somente é capaz de concretizar todo o seu vigor por meio do processo. É inconcebível a ideia de um Estado de Direito pleno e eficaz, em que a pena não seja cominada ao caso concreto por meio do devido processo legal. Desse modo, tem-se que tal instrumentalidade e interdependência somente endossam a afirmação de que ambas as disciplinas se relacionam muito intimamente, devendo-se levar em conta esse fato para a adequada compreensão tanto de uma quanto de outra<sup>119</sup>.

Superada a noção de que o Direito Processual Penal é apenas uma vertente do Direito Penal e constatada a importância de que ambas as disciplinas caminhem juntas, em um vínculo sólido e estreito, refuta-se, agora, a concepção de que o Direito Processual Penal seria mero complemento do Direito Penal, pois esta não se sustenta diante da verificação de que aquele “possui uma *força penal configuradora básica*”<sup>120</sup>. De fato, as duas disciplinas encontram suas normas primárias na Carta Constitucional e no direito internacional, tendo em vista que são esses os responsáveis pela manutenção do estado de direito, sendo que “todo princípio limitador possui sua correspondente versão penal e processual penal”<sup>121</sup>.

Exatamente porque Direito Penal e Direito Processual Penal são tão próximos torna-se árdua a tarefa de delimitá-los e separá-los. Por vezes, na ânsia por maior eficiência, ambos se encontram tão firmemente atados que parece impossível dissociá-los. Esse o motivo pelo qual, em muitas ocasiões, há uma dificuldade por parte dos operadores do Direito de classificar um instituto como

<sup>117</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.* p. 289

<sup>118</sup> Idem. Grifo no original.

<sup>119</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. Cit.* p. 54.

<sup>120</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.* p. 289. p. 289/290. Grifo no original.

<sup>121</sup> Idem. p. 290.

pertencente à disciplina correta. A classificação errônea, contudo, pode trazer graves prejuízos tanto às partes envolvidas quanto ao zelo pelo devido processo legal, justificando, portanto, a não aceitação de que os juristas se furtem de efetuar essa categorização a contento.

No cenário jurídico atual, de fato, verifica-se cada vez mais uma crescente dificuldade para a diferenciação adequada entre as normas penais e as normas processuais penais, sobretudo, quando se percebe que “várias normas são comuns a seus respectivos horizontes de projeção”<sup>122</sup>. Tal problema é agravado pela flagrante preferência dos juristas em classificá-las todas como de natureza penal, negando-lhes seu caráter processual em busca de uma aparente praticidade que, se analisada atentamente, denuncia uma indubitável fragilidade.

É com o escopo de facilitar tal distinção, reduzindo cada vez mais os equívocos que tangenciam tal área, que se busca nesta pesquisa o desenvolvimento, com base nas categorias já ilustradas no primeiro capítulo desta monografia, de um correto critério de distinção. Para isso, no entanto, antes de qualquer outra providência, se faz necessário dispensar algumas páginas para o estudo detalhado de cada um desses grupos de normas, a começar pelas regras penais.

### 3.1 NORMAS PENAIS

Não é possível analisar parâmetros que diferenciem as normas penais de outros tipos de regras se, antes, não houver uma preocupação em compreender a sua essência, verificando-se atentamente os elementos que a construíram tal como é hoje no ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, não se pode ter a pretensão de um adequado critério de distinção sem antes conhecer a estrutura da norma penal, bem como a definição que melhor a traduza na atualidade.

Provavelmente o ponto de partida ideal para se adquirir certa intimidade com o conceito de norma penal é a concepção de que esta não se confunde com a lei. De fato, pode-se assegurar, com base no já analisado no decorrer desta pesquisa,

---

<sup>122</sup> Idem. p. 291.

que enquanto a norma penal se traduz no conteúdo da lei, esta faz as vezes de sua expressão formal. Partindo dessa premissa, tem-se que quando um indivíduo pratica uma conduta típica, não é a infração da lei que ele ocasiona, mas sim, a de uma instituição que existe por trás da lei, sendo muito maior do que ela, a saber, a norma penal<sup>123</sup>. Assim, conclui-se que norma e lei não se confundem, ainda que estejam estreitamente atadas, limitando-se a última a ser uma espécie de fonte da primeira, prestando-se à função de revelá-la, possuindo plena adequação a afirmação de que enquanto a norma cria o antijurídico, a lei cria o delito<sup>124</sup>.

Ainda que norma penal não se confunda com a legislação formal, não há como negar o fato de que na ciência do Direito Penal popularizou-se o termo “lei penal” como sinônimo de norma penal. Assim, comum é que se encontre, tanto na doutrina como na jurisprudência, os dois termos sendo utilizados no mesmo sentido, a saber, o de norma penal. Acerca do tema, Dotti chegou a apontar que muito embora o termo “norma penal” seja preferível, a doutrina popularizou a expressão “lei penal” como sinônimo, constituindo-se em uma forte tradição vernácula que encontra sua coroação no próprio Código Penal, tendo em vista que este se utiliza de “lei” e de “norma” com o mesmo sentido<sup>125</sup>. Tal fato se explica, em parte, porque parcela dos doutrinadores sustenta que - ainda que no campo da Teoria Geral da Norma se entenda que a regra jurídica não emana apenas da lei, constituindo-se também em costumes, princípios e mesmo na aplicação do Direito pelo magistrado - no que tange ao direito punitivo, somente as leis, em seu sentido formal, possuem a faculdade de constituir as normas penais, sob o risco de se lesar o princípio da reserva legal, disciplinado no art. 1º do Código Penal Brasileiro<sup>126</sup>. Bruno aponta uma ressalva, no entanto. Segundo ele, mesmo no restrito cenário das normas incriminadoras, o costume não pode ser descartado, não enquanto fonte de Direito, uma vez que já se encontra embutido na lei penal, mas, sim, como elemento essencial para a interpretação desta<sup>127</sup>.

Cirino dos Santos, em concepção semelhante, sustenta que não se pode ignorar que embora o princípio da legalidade proíba o costume como fonte da norma penal, impedindo-o de figurar como “fundamento de criminalização e de punição de

---

<sup>123</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 221.

<sup>124</sup> Idem.

<sup>125</sup> Idem.

<sup>126</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 95.

<sup>127</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. tomo 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 189/190.

condutas”, não é capaz de afastar sua incidência em prol do réu, seja para descriminalizar o fato, seja para minorar ou extinguir a pena, nos casos em que se verifica uma flagrante perda de eficácia da lei penal.

Desse modo, consonante ao sustentado pela doutrina penalista, para fins da presente monografia, o aspecto da norma penal que se faz essencial é o seu caráter formal, ou seja, sua fonte imediata: a lei. Por esse motivo, considerando-se que a lei formal em muitas das vezes consiste no modo mais autêntico de expressão da norma, não será possível dissociá-las durante os próximos tópicos da presente pesquisa.

Não há que se olvidar, contudo, que, por mais que em muitas ocasiões se passe a utilizar a nomenclatura “lei penal”, é a norma penal embutida em seu conteúdo que se pretende conhecer e compreender por meio de seu estudo. Para fins de estabelecimento de parâmetros para a adequada distinção das normas penais e das normas processuais penais, não é possível dissociar a regra de sua expressão legislativa, motivo pelo qual se passará a trabalhar com os dois conceitos como se estivessem em um vínculo tão estreito que praticamente se expressam em um só. Saliente-se que não é a intenção da presente monografia causar confusões em razão da utilização dos dois termos como sinônimos, mas tão somente valer-se deles conforme já consagrados na dogmática jurídica penal.

Conforme já demonstrado, tal metodologia não se mostra descabida, já que a lei é uma forma de exteriorização da norma penal. Dessa forma, dúvida não há de que a lei formal é a principal fonte normativa no âmbito da ciência penal. Nos casos de normas que criam o injusto penal e lhe fixam uma pena correspondente, pode-se mesmo afirmar que a lei é a única fonte<sup>128</sup>, o que justifica sua importância para a presente pesquisa.

### 3.1.1 Definição e Estrutura

Provavelmente, uma das melhores formas se conceber as normas penais é admiti-las como aquelas regras que, além de estipularem crimes e definirem as

---

<sup>128</sup> Idem.

sanções que lhes correspondem, regulam as condições de aplicação da pena<sup>129</sup>.

Com um objeto tão rico é normal que as próprias normas penais possam apresentar diferentes classificações. Assim, parece bastante óbvio que se categorize as normas penais em incriminadoras, que seriam aquelas que definem o crime e lhe apontam uma sanção<sup>130</sup> e em não incriminadoras – que podem ser chamadas de normas integrantes ou de segundo grau<sup>131</sup> - que nada mais seriam do que aquelas que disciplinam as condições em que as sanções previstas incidem<sup>132</sup>.

Por sua vez, as regras penais não incriminadoras poderiam ser diferenciadas em normas de aplicação, normas explicativas, normas diretivas e normas interpretativas. De acordo com Fragoso<sup>133</sup> as normas de aplicação são as responsáveis por estabelecer os limites de validade e aplicabilidade das normas incriminadoras, enquanto que as normas explicativas esclareceriam certos conceitos contidos na lei, as normas diretivas fixariam os princípios a serem obedecidos em dada matéria e as normas interpretativas se prestariam à interpretação de outras normas. Na doutrina penal<sup>134</sup>, contudo, frequentemente as normas não incriminadoras são divididas em normas penais permissivas e normas penais explicativas. As normas explicativas executariam o mesmo papel proposto às regras penais explicativas apontadas por Fragoso. Todavia, as normas penais permissivas se ramificariam em duas espécies: normas penais permissivas justificantes, que são aquelas que tornam lícitas, permitidas ou mesmo que justificam condutas estipuladas como crime, e normas penais permissivas exculpantes que, por sua vez, isentam de pena condutas delitivas não justificadas por nenhuma norma penal permissiva justificante.

Quanto às normas penais incriminadoras, que, a seu modo, constituem o grande núcleo do sistema normativo penal, há que se ter um cuidado ainda maior para defini-las, devendo-se buscar as diretrizes para tal tarefa na Teoria Geral da Norma e do Direito.

Conforme já visto no primeiro capítulo desta monografia, o ordenamento jurídico, enquanto sistema, pode ser compreendido, em uma de suas tantas

---

<sup>129</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 89.

<sup>130</sup> *Idem.* p. 66;

<sup>131</sup> *Idem.* p. 90.

<sup>132</sup> *Idem.* P. 89/90.

<sup>133</sup> *Idem.* p. 90.

<sup>134</sup> Como por exemplo, nas lições de Rogério Greco.

conceituações, como um conjunto de regras de conduta dotadas de imperatividade que, por sua vez, buscam regular as ações (ou omissões) dos indivíduos.

Partindo-se dessa premissa pode-se conceber que a norma penal enquanto modalidade de regra jurídica, contém em sua essência um foco prescritivo, que visa a obrigatoriedade, e manifesta-se na forma de proibições ou mandatos. Contudo, lançando-se uma perspectiva crítica sobre o conteúdo da norma jurídico-penal, torna-se patente a ligação que este possui com os juízos de valor que se traduzem em pressupostos da regra penal. O conteúdo da regra penal, portanto, não consiste meramente em uma prescrição de conduta, mas sim no atrelamento desta prescrição com as consequências que provoca, em outras palavras, do preceito com a sanção.

Fragoso<sup>135</sup> vai ainda além ao sustentar a indispensabilidade tanto do preceito quanto da sanção para a existência da norma incriminadora. Para ele tal assertiva é tão verdadeira que considera o preceito e a sanção como constituintes de uma “unidade lógica indissolúvel” no que diz respeito à regra jurídica<sup>136</sup>. Assim, verifica-se que, em que pese na Teoria Geral da Norma nem todos os doutrinadores concordem que a sanção é elemento constituinte e inafastável da norma jurídica, no que tange as normas penais incriminadoras essa obrigatoriedade é verdadeira, de modo a conferir a essa norma a eficácia reforçada sobre a qual tanto pregou Bobbio.

Ainda no que diz respeito ao preceito e à sanção da norma penal incriminadora, verifica-se que por longo tempo sustentou-se que, em atenção ao princípio da legalidade – que regula as normas jurídico-penais – deveria o legislador formular essa modalidade de regras com duas frações visivelmente delimitadas, que seriam o preceito e a sanção. De acordo com Fragoso, o preceito é a parte que encerra o imperativo da norma<sup>137</sup>. Para Bruno, no entanto, cada vez mais a norma penal traz o preceito de maneira implícita, não apontando a sanção e o seu pressuposto de forma expressa. Assim, é ultrapassada a visão de que o preceito seria escancarado na regra penal, sendo mais correto afirmar que em tal modalidade de norma, ele seria estabelecido de forma discreta e sutil. Sustenta sua tese afirmando que nas codificações mais modernas os imperativos já não são diretos,

---

<sup>135</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 90/92.

<sup>136</sup> Nada impede, ainda, que existam as chamadas “normas imperfeitas”, nas quais o preceito e a sanção estão dispostos em disposições distintas, que contém apenas parte da regra penal. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 92).

<sup>137</sup> FRAGOSO, Heleno Claudio. *Op. Cit.* p. 90.

tais como “não matar”, mas consistem em proibições indiretas, que apenas descrevem o fato como pressuposto da pena<sup>138</sup>.

Destaque-se, ainda, o flagrante caráter binário que permeia as regras penais, uma vez que a norma penal pode também ser estruturada, conforme as lições de Hespanha e de Ascensão<sup>139</sup>, como uma proposição condicional que, por sua vez, é constituída pela hipótese legal (que corresponderia ao tipo legal) e pela estatuição (que poderia ser a pena ou a medida de segurança).

Quanto aos destinatários da norma penal, em que pese as intensas divergências doutrinárias, tem-se que, conforme o entendimento de Fragoso<sup>140</sup>, correspondem a todos os indivíduos e órgãos responsáveis pelo seu cumprimento e observação, incluindo-se mesmo os inimputáveis, ainda que não, necessariamente, os obrigue. Por este motivo pode-se dizer que a norma penal possui generalidade, gerando efeitos *erga omnes*.

Por fim, as normas jurídico-penais possuem caracteres que a aproximam das demais normas jurídicas. Além da generalidade supramencionada e da imperatividade já apontada, são dotadas de abstração e impessoalidade, uma vez que não se destinam a sujeitos ou grupos determinados, sendo previstas abstratamente para incidir sobre fatos futuros, sem que o sujeito ao qual se imponham seja individualizado previamente<sup>141</sup>. Além disso, pode-se dizer que a regra penal possui um diferencial em relação às demais normas, a saber, é dotada de exclusividade, tendo em vista que é a única capaz de determinar uma conduta ilícita, com caráter de obrigatoriedade, estabelecendo uma pena a cada vez que ocorre uma violação a essa determinação.

### 3.1.2 Efeitos e aplicação

Para Bruno, as normas penais, a exemplo das demais regras jurídicas, delimitam os dois campos do binário lícito/ilícito, apresentando restrições à atividade do ser humano, sem as quais seria inviável a vida em sociedade. De acordo com o

---

<sup>138</sup> BRUNO, Aníbal. *Op. Cit.* 1967. p. 181/182.

<sup>139</sup> Já ilustradas no segundo capítulo desta monografia.

<sup>140</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 93/94.

<sup>141</sup> DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 222.

referido autor, a norma penal incriminadora não apenas protege os valores que possibilitam a subsistência da sociedade, como delimita o campo de intervenção estatal na repressão e prevenção da delinquência, gerando, com isso, uma garantia das liberdades individuais dos cidadãos e assegurando os próprios direitos fundamentais daquele que é considerado delinquente<sup>142</sup>. Afastando-se o caráter punitivista da concepção do autor, verifica-se que não há como negar o fato de que a norma penal incriminadora consiste em um forte aparato para a manutenção da harmonia social.

No entanto, para que a lei penal cumpra a contento a função a que se propôs, necessário se faz que sua aplicação siga determinadas premissas, de forma a impossibilitar que seus efeitos sejam prejudiciais aos objetivos a que se propõe. Nessa esteira, Dotti sustenta que “a aplicação da lei penal é a atividade através da qual o Poder Judiciário deve efetivar os princípios e as regras visando à realização do Direito e a prática da Justiça”<sup>143</sup>. Desse modo, para a garantia do devido processo legal e na busca pela maior efetividade da norma penal, é imprescindível respeitar seus efeitos, quando da sua aplicação.

Para a melhor compreensão dos efeitos da norma penal é interessante que se lhes lance um olhar geral, buscando, de forma rápida e objetiva, captar a essência dessas condições (e consequências) de aplicação da norma penal. Importa salientar, no entanto, que o que se pretende não é esgotar o tema da norma penal, tendo em vista que este é muito rico e, com certeza, não se exauriria no âmbito dessa monografia, mas tão somente, destacar alguns pontos principais que, posteriormente, poderão ser utilizados para pontuar a distinção que se pretende fazer.

Feita tal consideração, aponta-se ainda o fato de que a norma penal, a exemplo da norma processual penal, pode ser compreendida tanto por meio de seus efeitos no âmbito temporal quanto por meio de seus efeitos no campo territorial, assim como por meio de prerrogativas funcionais. Dessa maneira, de modo a dinamizar o estudo a que esta monografia se propõe se passa agora à análise da aplicação da norma penal no tempo.

---

<sup>142</sup> BRUNO, Aníbal. *Op. Cit.* p. 192.

<sup>143</sup> DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 261.

### 3.1.2.1 Efeitos temporais da norma penal

Analisando-se os efeitos da norma penal sob o critério temporal percebe-se que talvez uma de suas características mais conhecidas e marcantes é a vedação de sua retroatividade sempre e quando vá causar prejuízo ao réu. Tal restrição possui sede constitucional, mais especificamente no art. 5º, XL da Carta Constitucional, e é o mecanismo responsável por garantir a segurança jurídica e a liberdade no seio da sociedade, conforme se depreende dos ensinamentos de Bittencourt<sup>144</sup>.

Para Dotti, a regra penal é mais gravosa sempre que criminalizar conduta que anteriormente era punida apenas como contravenção, cominar pena privativa de liberdade, acompanhada ou não de multa, para os fatos que antes eram passíveis de punição exclusivamente pecuniária, agravar o regime de execução da pena, estipular novas agravantes ou causas especiais de aumento, proibir a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, vedar a fiança e a declaração de prescrição para dados tipos criminais, estabelecer qualquer hipótese que traga prejuízo à liberdade, ao patrimônio e quaisquer outros bens do acusado<sup>145</sup>.

Zaffaroni, por sua vez, sustenta que a vedação da retroatividade da regra penal em prejuízo do réu encontra-se estreitamente vinculada ao princípio da legalidade, uma vez que tem o firme propósito de impedir que dado indivíduo seja penalizado por um ato que, à época dos fatos, era considerado irrelevante penalmente, bem como visa impossibilitar que o autor de dado fato receba pena mais gravosa do que aquela que era cominada aos fatos na data em que a realizou<sup>146</sup>. Assis Toledo define que, consistindo a regra geral na “prevalência da lei do tempo do fato (*tempus regit actum*)”, ficam preservados os princípios da legalidade e da anterioridade da norma penal<sup>147</sup>.

Concomitante à vedação da retroatividade da norma penal em prejuízo do acusado, tem-se a obrigatoriedade de que a regra penal mais benéfica ao réu retroaja. De acordo com Bruno<sup>148</sup> é até possível reduzir estes dois efeitos em

---

<sup>144</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 106.

<sup>145</sup> DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 21/22.

<sup>146</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Derecho Penal: parte general**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1998. p.177.

<sup>147</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 30.

<sup>148</sup> BRUNO, Aníbal. *Op. Cit.* p. 249.

apenas um: o da aplicação da lei penal mais benigna. Segundo ele, de forma a se opor à norma penal mais prejudicial, a regra penal mais benéfica alonga sua eficácia no tempo tanto para o pretérito quanto para o futuro, sendo retroativa e dotada de ultratividade.

Para melhor compreender este conceito se faz necessário entender que a norma penal mais benéfica é retroativa porque, entrando em vigor para substituir norma mais gravosa, vigente à época dos fatos, ainda assim produzirá seus efeitos em detrimento desta. Zaffaroni e Pierangeli<sup>149</sup> chegam a afirmar que essa retroatividade ocorre não apenas nos casos em que a instrução criminal está em trâmite, como nos casos com sentença definitiva transitada em julgado em fase de execução, de forma que ainda que o réu já estivesse cumprindo pena, deveria ser imediatamente colocado em liberdade caso a lei posterior deixe de criminalizar a conduta por ele praticada.

Já a ultratividade da regra penal decorre de seus efeitos futuros, já que caso esteja em vigor quando da prática da conduta e, posteriormente, outra norma agrave a situação do réu, deve, ainda assim, prevalecer, em atenção ao princípio de que o fato delitivo deva ser apreciado pela lei do tempo em que ocorreu, de forma a não gerar insegurança jurídica e não consistir em fonte de injustiças. De acordo com Figueiredo Dias, a ultratividade pode ser traduzida na máxima de que a retroatividade será sempre terminantemente proibida quando for contra o réu ou *in malam partem*. Para o autor, “a proibição de retroactividade da lei penal fundamentadora ou agravadora da punibilidade constitui uma das traves mestras de todo o Estado democrático contemporâneo”<sup>150</sup>.

Bittencourt, por sua vez, salienta que são inúteis as regras casuísticas e abstratas para designar em que consiste a norma penal mais benigna, uma vez que tal delimitação somente poderá ocorrer diante do caso concreto, “comparando-se em cada fato real o resultado da aplicação das várias leis”<sup>151</sup>. Em que pese tal consideração já tivesse sido propagada anteriormente por Zaffaroni e Pierangeli, estes não se limitam a ela, oferecendo, sem refutar sua posição primeira, um critério um pouco menos abstrato, ao defenderem que a regra penal mais benigna não se

---

<sup>149</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 200.

<sup>150</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 193/194.

<sup>151</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 107.

limita àquela que descriminaliza ou comina uma pena menor, mas também àquelas que podem tratar da criação de novas causas de justificação, de novas hipóteses de exclusão da culpabilidade ou de uma causa impeditiva da operatividade da pena, entre outros<sup>152</sup>.

Com base no exposto, extraem-se algumas premissas acerca da retroatividade da regra penal mais benéfica e da irretroatividade da regra penal mais gravosa, a saber, em caso de *abolitio criminis* haverá retroatividade da norma penal de forma a atingir até mesmo fatos definitivamente julgados, fazendo desaparecer os efeitos penais, mas perdurando os civis<sup>153</sup>. Já a *novatio legis* não possui caráter retroativo, uma vez que é consagrado o princípio constitucional de que não pode haver crime sem lei anterior que o preveja. Do mesmo modo, caso uma lei torne mais gravosa a situação do autor do fato sem, contudo, abolir a tipicidade da conduta, não há que se falar em retroatividade, diferentemente dos casos em que a nova lei torna menos gravosa a situação do acusado, ocasião em que prevalecerá a retroatividade, ainda que a sentença condenatória já se encontre em fase de execução<sup>154</sup>.

Ainda no que toca aos efeitos temporais das normas penais, há que se ressaltar que, no que diz respeito à lei intermediária, Figueiredo Dias<sup>155</sup> defende que, caso seja mais benéfica que a lei anterior e que a lei posterior deve sim ser aplicada, de modo que esta possui extratividade, sendo ao mesmo tempo ultrativa e retroativa. O referido autor afirma mesmo que tal disposição se justifica “teleológica e funcionalmente porque com a vigência da lei mais favorável (intermédia) o agente ganhou uma posição jurídica que deve ficar a coberto da proibição de retroactividade da lei mais grave posterior”<sup>156</sup>. No caso de leis temporárias ou excepcionais, contudo, tal retroatividade não é permitida, ainda que a lei posterior seja mais benéfica, uma vez que o fator temporal se encontra embutido na própria tipicidade das condutas praticadas durante sua vigência como pressuposto tanto de eventual ilicitude punível quanto da agravação de dada pena, uma vez que com tal medida se busca garantir a efetividade de tais normas, impedindo-se que fiquem sem aplicação

<sup>152</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 200.

<sup>153</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis;. **Elementos de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 54.

<sup>154</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 200.

<sup>155</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.* p. 203/204.

<sup>156</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.* p. 204.

as sanções por elas estipuladas<sup>157</sup>.

No caso dos crimes permanentes e continuados, Fragoso sustenta que será aplicada a lei nova, uma vez que sob sua vigência continuou a ser praticada a conduta tipificada. Todavia, não é possível, em tal caso, a consideração dos atos que foram praticados na vigência da lei anterior<sup>158</sup>.

Ainda quanto aos efeitos temporais da regra penal, Nucci<sup>159</sup> sustenta que a lei mais benéfica que se encontra em período de *vacatio legis* não pode retroagir, uma vez que ainda não estaria em vigor e as relações sociais ainda se encontram sob a regência da lei anterior. Para referido autor, tal retroação feriria o princípio da isonomia, uma vez que a norma em *vacatio legis* ainda não estaria em vigor para o restante da população. Todavia, parece mais adequado o posicionamento de Dotti<sup>160</sup>, que sustenta que sempre quando a lei nova for mais favorável, por mais que não tenha ainda entrado em vigor, ela pode regular a conduta ocorrida anteriormente à sua existência ou durante o período de *vacatio*, uma vez que não deixa de consistir em lei posterior, devendo ser aplicada desde logo, de forma a beneficiar o réu.

Por fim, saliente-se que para todos os efeitos de aplicação das normas penais aqui tratadas, considera-se o tempo do crime o instante da ação ou omissão, ainda que o resultado se produza em outro momento<sup>161</sup>.

### 3.1.2.2 Efeitos espaciais da norma penal

Assim como produz efeitos temporais, a norma penal é rica em efeitos espaciais, que determinam a sua adequada aplicação no conturbado universo jurídico. Somente tendo-se conhecimento desses efeitos é que se torna possível a aplicação da norma penal da forma mais eficaz e correta possível, razão pela qual se passa a destrinchá-los aqui. Novamente, no entanto, frisa-se que a pretensão não

<sup>157</sup> BRUNO, Aníbal. *Op. Cit.* p. 257/258.

<sup>158</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 127.

<sup>159</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 103/104.

<sup>160</sup> DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 267/268.

<sup>161</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* p. 32/34.

consiste em exaurir o tema, mas tão somente analisá-lo de modo objetivo para que melhor se conheça a essência das regras penais.

Em primeiro lugar, destaque-se que, de acordo com o artigo 6º do Código Penal Brasileiro<sup>162</sup>, o lugar do crime é aquele em que ocorreu a ação ou omissão, seja integral ou parcialmente, bem como o local onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Assim, no Direito Penal Brasileiro adota-se a chamada teoria pura da ubiquidade<sup>163</sup>. De posse dessa informação, passa-se agora à análise dos princípios aplicáveis aos efeitos espaciais da regra penal.

O primeiro dos princípios<sup>164</sup> a ser analisado é o da territorialidade. De acordo com ele, a regra é que a lei penal brasileira seja aplicada a todos os crimes que tenham sido cometidos em território nacional. Verifica-se que, mais do que consistir em um princípio, tal norma penal foi recepcionada pela legislação brasileira, se encontrando no art. 5º do Código Penal<sup>165</sup> e resguarda a possibilidade de que, no lugar da lei brasileira, seja utilizada aquela prevista por convenções, tratados e regras de direito internacional.

Para se compreender a extensão deste princípio, é necessário, antes de qualquer coisa, se conceituar o quê, para efeitos de aplicação da regra penal, é considerado território brasileiro. Nesse quesito, Fragoso chama a atenção para a inexistência de um conceito jurídico-penal de território, motivo pelo qual tal definição deve partir do direito internacional em associação ao direito público, não consistindo em mero conceito geográfico, mas sim em conceito jurídico<sup>166</sup>. De acordo com Cirino dos Santos, o território é o espaço em que é exercida a soberania política do Estado<sup>167</sup>. Em suas palavras, tal espaço é constituído:

pelas áreas (a) do *solo*, como extensão de terra contínua ou descontínua, como rios, lagos e mares existentes dentro do território, (b) do *subsolo*, como profundidade cônica do território em relação ao centro do Planeta, (c) do *mar territorial*, com a extensão de 12 (doze) milhas marítimas a partir do litoral brasileiro (Lei 8.617/93), (d) da *plataforma continental*, com a extensão de 200 (duzentas) milhas marítimas a partir do litoral brasileiro (ou 188 milhas, deduzidas as 12 milhas do mar territorial), como *zona econômica exclusiva* (Lei 8.617/93) que incorporou a Convenção da ONU

<sup>162</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

<sup>163</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 119.

<sup>164</sup> Lembrando-se que, *latu sensu*, princípios também podem ser considerados normas jurídicas.

<sup>165</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

<sup>166</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 133.

<sup>167</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 35/36.

de 1982 sobre o Direito do Mar, (e) do *espaço aéreo* correspondente ao conjunto do território, ainda regido pelas Convenções de Chicago de 1944 e pela Convenção de Varsóvia de 1929, ambas sobre aviação civil internacional<sup>168</sup>.

Além disso, verifica-se que há uma extensão do território, por força do § 1º do artigo 5º do Código Penal<sup>169</sup>, segundo o qual para efeitos penais consideram-se as embarcações e aeronaves públicas brasileiras – ou a serviço do governo brasileiro – como parte do território brasileiro independentemente do local onde se encontrem. Já as embarcações e aeronaves brasileiras, de caráter privado ou mercante, somente serão consideradas como uma expansão do território brasileiro em caso de se encontrarem no espaço aéreo correspondente ou, ainda, em alto-mar. Além disso, o § 2º do mesmo dispositivo legal prevê a aplicação da norma penal brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves e embarcações estrangeiras, de propriedade privada, que se encontrem em quaisquer dos locais delimitados como território brasileiro. Tais regras territoriais, no entanto, podem ser limitadas pela extraterritorialidade, em razão das exceções definidas pelos princípios da proteção, da personalidade e da competência penal universal<sup>170</sup>.

Analisando-se o princípio da defesa verifica-se que ele estipula a aplicação da norma penal brasileira, quando o Brasil for o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado, onde quer que a conduta delituosa tenha sido praticada, independentemente da nacionalidade do autor do ato. Abrange, exclusivamente, bens ou interesses estatais, coletivos e comunitários, tais como os estipulados pelo artigo 7º, I e § 3º do Código Penal:

**Art. 7º** - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro

I - os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

**§ 3º** - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;

<sup>168</sup> Idem.

<sup>169</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

<sup>170</sup> SANTOS. Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* p. 40.

b) houve requisição do Ministro da Justiça<sup>171</sup>.

O princípio da personalidade, por sua vez, traduz-se por meio da previsão de aplicação da regra penal brasileira aos cidadãos brasileiros, independentemente da localização desses<sup>172</sup>. Tal princípio abrange tanto a forma ativa, quando o autor da conduta delitiva é brasileiro, quanto a forma passiva, quando a vítima é brasileira<sup>173</sup>. Figueiredo Dias<sup>174</sup>, no entanto, ao tratar da realidade jurídica portuguesa, acha por bem alertar que tal princípio não abrange todo e qualquer delito que possa ser cometido por um nacional fora de seu país. Dotti<sup>175</sup> aproximou tal afirmação da realidade brasileira ao destacar que a aplicação da lei brasileira, no que tange ao referido princípio, deve incidir apenas sobre as hipóteses da alínea b, do inciso II, do artigo 7º do Código Penal. Contudo, depende do concurso das condições previstas no § 2º do artigo 7º também do Código Penal, a saber, a entrada do agente no território nacional, ser a conduta considerada típica também no país em que foi praticada, estar o crime entre as hipóteses de delitos em que a extradição é autorizada pela lei brasileira, não ter sido o agente absolvido no estrangeiro e, tampouco, lá cumprido pena, não ter sido o agente brindado com o perdão judicial no território estrangeiro, ou mesmo, estar sob qualquer causa de extinção de punibilidade, de acordo com a lei mais favorável.

Quanto ao princípio da competência penal universal, nada mais consiste do que na aplicação do art. 7º, II, a, do Código Penal. Por meio dele, define-se que a lei nacional será aplicada a todos os fatos puníveis, independentemente do local onde ocorreu o delito, a nacionalidade de seu autor ou o bem jurídico atingido, sempre quando haja a ocorrência de condutas delitivas que afetem valores essenciais da ordem internacional. Assis Toledo destaca que tal princípio é de aplicação secundária, sendo utilizado apenas em casos restritos<sup>176</sup>, em razão da multiplicidade de sistemas penais existentes e dos problemas decorrentes dos crimes políticos<sup>177</sup>.

Ainda nos casos de aplicação da norma penal de forma extraterritorial, importa salientar que sempre que uma conduta delituosa ocorre no interior de uma

---

<sup>171</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

<sup>172</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 115.

<sup>173</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* p. 42.

<sup>174</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.* p. 216.

<sup>175</sup> DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 278.

<sup>176</sup> A saber, naqueles crimes que o Brasil, por tratado ou convenção, se obrigou a reprimir.

<sup>177</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* p. 48.

aeronave ou embarcação de bandeira brasileira, será a regra penal aplicável subsidiariamente desde que não tenha havido persecução penal em decorrência de justificativa irrelevante<sup>178</sup>.

Diante de todo o demonstrado, fica evidente que, embora a norma penal brasileira esteja sob o crivo da extraterritorialidade, esta pode se dar de forma incondicionada, como nas hipóteses do art. 7º, I, do Código Penal, ou então, de modo condicionado, quando o caso concreto deverá atender certos requisitos, sem os quais, não poderá a norma penal brasileira ser invocada, como nos casos previstos pelo art. 7º, II, do Código Penal.

### 3.1.2.3 Efeitos funcionais da norma penal

Um último aspecto a ser destacado a respeito das normas penais consiste em seus efeitos relacionados às pessoas a quem se aplica.

A exemplo do que afirmam Zaffaroni e Pierangeli, inicialmente parte-se da noção de que a norma penal brasileira é aplicável a todos os seus habitantes, em obediência ao princípio da igualdade de todos perante a lei, eternizado pelo artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal<sup>179</sup>. Embora essa seja a regra, brotam exceções a tal premissa, motivadas pelas funções desempenhadas por dadas pessoas, de forma a garantir a preservação do exercício de tais atividades. Essas exceções se subdividem em imunidades, de caráter processual penal e em indenidades, sendo estas afeitas ao direito penal<sup>180</sup>.

A indenidade parlamentar consiste em prerrogativa concedida aos Deputados e Senadores de não serem responsabilizados por suas opiniões, palavras e votos, norma esta positivada no art. 53 da Carta Magna. Tal prerrogativa consiste, segundo os ensinamentos de Dotti, em exclusão de ilicitude. Contudo, não será reconhecida quando o parlamentar estiver afastado de suas respectivas funções e, nos casos que envolvem Deputado Estadual ou Vereador, quando o fato

---

<sup>178</sup> DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 279.

<sup>179</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 205.

<sup>180</sup> Idem.

ocorrer fora dos limites territoriais de seus respectivos estado e município<sup>181</sup>.

Já as imunidades diplomática e consular possuem um cunho mais processual, uma vez que não são excludentes de ilicitude, mas sim uma prerrogativa de jurisdição concedida aos agentes diplomáticos e consulares estrangeiros que adquirem o direito de, no país onde exercem suas funções, gozarem de extraterritorialidade, respondendo à lei de seu respectivo país. Aqui, a imunidade possui caráter processual, como muito bem destacaram Zaffaroni e Pierangeli, uma vez que há uma simples cessão ao autor da jurisdição de outro Estado<sup>182</sup>.

### 3.2 NORMAS PROCESSUAIS PENAIS

Não há como se falar em eficiência do sistema penal em geral, caso não se atribua às normas processuais a importância que lhes é merecida. Infelizmente, na atualidade, ainda é tímido o movimento que busca a identidade própria do Direito Processual Penal, sem tentar derivá-lo do Direito Penal ou mesmo do Direito Processual Civil. Lopes Jr.<sup>183</sup> chegou a afirmar, traçando seu raciocínio a partir do conto Cenerentola, de Carnelutti, que as três ciências representam três irmãs, sendo que “o processo penal segue sendo a irmã preterida, que sempre teve que contentar-se com as sobras das outras duas”.

Nesse panorama, claro está que a correta caracterização da norma processual penal, se faz imprescindível para a consolidação do Direito Processual Penal como ciência autônoma, sem a obrigatoriedade – absurda, diga-se de passagem – de reciclar categorias de outros ramos do Direito que pouco ou nada lhe servem. Tal necessidade é ainda mais premente quando se verifica que, constantemente, a norma processual penal é confundida com a norma penal, sendo-lhe até mesmo, em um assustador volume de vezes, negado seu caráter processual de forma a se lhe conferir tratamento semelhante ao dispensado às regras penais e terminando por gerar sérias antinomias no sistema jurídico brasileiro.

---

<sup>181</sup> DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 283/284.

<sup>182</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 207.

<sup>183</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 01. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 33/36.

Feitas estas considerações e adentrando nos aspectos gerais da norma processual penal propriamente dita, pode-se afirmar, a exemplo do que se sustentou a respeito das normas penais, que ela não consiste em sinônimo de lei processual penal. Contudo, popularizou-se no cenário jurídico a utilização dos dois termos com o mesmo sentido, em razão de ser a última a fonte por excelência da primeira. Os ensinamentos de Marques convergem para este entendimento, sobretudo quando afirma que “a lei formal é a que se apresenta como fonte normativa precípua do Direito Processual Penal, isto tanto em sua forma de lei constitucional, como na de lei ordinária”<sup>184</sup>.

Desse modo, não se deve olvidar que a norma processual penal está contida na lei processual penal - e esta é a explicação para que, frequentemente, sejam tratadas como sinônimas – mas com ela não se confunde, sendo a última tão somente uma forma de expressão da primeira. Nas palavras de Tornaghi, “a lei nada mais é do que expressão da norma jurídica. Não a única, porém, a mais segura e perfeita”<sup>185</sup>.

Para fins dessa monografia, no entanto, assim como já se fez em relação às normas penais, os vernáculos “lei processual penal” e “norma processual penal” serão utilizados em um mesmo sentido, em respeito ao termo que se consagrou no universo jurídico brasileiro. Não se pretende com isso provocar distorções no conceito de regra processual penal, buscando-se, tão somente, tornar a compreensão da essência da norma processual penal mais didática, ao aproximá-la dos termos utilizados pela doutrina. Feita tal observação, passa-se agora a uma análise mais detalhada do conceito de norma processual penal.

### 3.2.1 Definição e estrutura

Muito provavelmente, o melhor meio para se buscar uma definição correta de norma processual penal corresponde em valer-se da Teoria Geral do Processo para a obtenção de uma conceituação de regra processual e personalizá-la de acordo com os institutos do Processo Penal.

---

<sup>184</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 40.

<sup>185</sup> TORNAGHI, Hélio. *Op. Cit.* p. 119.

Chiovenda<sup>186</sup>, ao tratar das normas processuais em um âmbito mais geral, afirmou que ela consiste naquela que “regula la actuación de la ley em el proceso y particularmente la que regula la relación procesal”. Conduzindo-se tal noção para o campo do Direito Processual Penal, parece adequada a definição proposta por Marques, segundo o qual a norma jurídica processual penal nada mais é do que aquela que regula a atuação da jurisdição penal<sup>187</sup>.

Para Figueiredo Dias, a norma processual penal versa sobre as maneiras em que o poder punitivo estatal pode se efetivar na prática<sup>188</sup>. Lopes Jr. busca detalhar esse objeto da regra processual penal ao destacar que ela é aquela que “regula o início, desenvolvimento ou fim do processo e os diferentes institutos processuais”<sup>189</sup>. Assim, parece óbvio que não se pode falar em devido processo legal sem conferir às normas processuais penais atenção especial. Além disso, as normas processuais penais, além de regular precipuamente as atividades ligadas à atuação do poder jurisdicional do Estado, podem se incumbir de disciplinar o modo e a forma com que os órgãos judiciários e os seus serviços auxiliares se constituem e se organizam<sup>190</sup>. Nesse sentido, tem-se a conceituação de Tourinho Filho, para quem normas e princípios processuais penais regulam não apenas a aplicação jurisdicional do Direito Penal material, mas também “a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares” e da persecução penal<sup>191</sup>.

Tornaghi<sup>192</sup>, ao buscar definir a norma processual penal, afirmou que esta é “resultante da composição entre segurança e justiça”. Desse modo, enquanto a norma penal visa a manutenção da paz social, estipulando condutas ilícitas e buscando reprimi-las por meio de penas, a regra processual penal tem o condão de tutelar os indivíduos que são acusados da prática de referidos atos delitivos, impondo normas, carregadas de formalismo, que regulam o processo contra eles instaurado, evitando que fiquem à mercê do arbítrio das autoridades processantes. Assim, tem-se que na seara das normas processuais penais, o formalismo encontra grande utilidade, tendo em vista que coíbe eventuais desmandos e zela pela

<sup>186</sup> Tradução da autora: consiste naquela que regula a atuação da lei no processo e particularmente a que regula a relação processual. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**. t. 1. Madrid: Editorial Reus, 1922. p. 120)

<sup>187</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 35.

<sup>188</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.* p. 7.

<sup>189</sup> LOPES JR., Aury. *Op. Cit.* p. 215.

<sup>190</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 36.

<sup>191</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. Cit.* p. 47.

<sup>192</sup> TORNAGHI, Helio. *Op. Cit.* p. 75.

segurança jurídica daquele que recorre ao judiciário<sup>193</sup>.

Quanto à estrutura da norma jurídico-processual penal, Marques destacou seu caráter autárquico e inviolável, apontando em sua composição uma regra de conduta, uma ordem e a garantia necessária para que esta seja cumprida<sup>194</sup>. De acordo com o autor essa regra de conduta preconizada pela norma diz respeito às disposições formuladas sobre as atividades que se desenrolam no caminhar do processo, traduzindo-se, mais especificamente, no controle e regulamentação da atividade do magistrado, das partes e de terceiros. Já a ordem que a caracteriza e constitui nada mais é do que a imperatividade da regra processual penal que obriga a todos aqueles que intervêm no processo a não se distanciarem do proposto na regra de conduta, a menos que a própria norma o permita. Por fim, a garantia nada mais seria do que as medidas das quais o processo penal se reveste a fim de tutelar a aplicação do conteúdo preceptivo da norma, refletindo-se, muitas vezes, em penalidades e sanções<sup>195</sup>.

A definição proposta por Marques torna explícito o fato de que as normas processuais penais são dotadas de todos os componentes necessários para a constituição de uma norma jurídica<sup>196</sup>, refutando de vez a visão errônea de que são meramente critérios para a aplicação das normas penais materiais, tão somente caracterizando-se como um acessório destas. De fato, na norma processual penal, está presente o preceito, que nada mais é do que a regra de conduta, e a sanção que consiste na garantia, sendo que a imperatividade subsume-se à ordem.

Importa ressaltar, também, que ainda que seja possível afirmar que nem todas as normas jurídicas são dotadas de sanção<sup>197</sup>, não se encontra veracidade no argumento que sustenta que as normas processuais penais não estipulam sanções. Isso porque, a não observância dos preceitos contidos em tais regras pode levar a penalidades tais como a extinção do processo e a ineficácia dos atos processuais, de modo que estas conferem a elas eficácia reforçada.

Em que pese o caráter instrumental das normas processuais penais, consiste em equívoco acreditar que essa instrumentalidade é absoluta. Isso porque tal modalidade de regras também é capaz de gerar obrigações e, até mesmo,

---

<sup>193</sup> Idem. 75/78.

<sup>194</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 35.

<sup>195</sup> Idem. p. 35/36.

<sup>196</sup> Conforme já analisado no capítulo 2 desta monografia.

<sup>197</sup> A exemplo do que disciplinam Bobbio, Ascensão e Hespanha.

direitos no exercício dos poderes processuais<sup>198</sup>. Tal fato é plenamente justificado em decorrência de tanto as normas penais materiais quanto as normas processuais penais possuírem em sua natureza traços instrumentais e materiais, em que pese nas primeiras predomine o caráter material e nas segundas, a instrumentalidade. Essa duplicidade em suas respectivas constituições tem causado sérias dificuldades na classificação e diferenciação dessas normas jurídicas, criando diversas polêmicas quando à natureza jurídica de vários institutos, o que, mais uma vez, justifica a relevância da presente pesquisa.

### 3.2.2. Efeitos e aplicação

Para que as normas processuais penais persigam o fim a que se destinam, se faz necessário que sejam aplicadas de forma correta, de modo a gerar os efeitos que delas se esperam. Em que pese tal fato, não há como negar que, no que tange às regras processuais penais, quaisquer conflitos suscitados em razão da aplicabilidade das normas, bem como de sua compreensão, encontram campo muito mais restrito do que aquele alocado no Direito Penal material. Pacelli é categórico, nesse sentido, ao afirmar que por mais que a interpretação dos princípios constitucionais demande grandes esforços em outros campos do Direito, sobretudo se considerados no âmbito de uma sociedade cada vez mais plural, com necessidades mais dotadas de multiplicidade a cada momento, as normas processuais penais “oferecem espaço muito mais reduzido de conflitos”<sup>199</sup>.

Contudo, tal afirmação não significa, em momento algum, que a aplicação das regras processuais penais não possui formas específicas e exige atenção e cuidado por parte do aplicador. Não é possível conceber a importância que possui a adequada distinção entre normas penais e normas processuais penais se não se analisar os efeitos de uma e outra. Diante de tal relevância, indispensável se faz a análise desta matéria no campo do Direito Processual Penal. Mais uma vez, no entanto, não se pretende exaurir a matéria, mas tão somente pincelar contornos

---

<sup>198</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 36.

<sup>199</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 13.

gerais por meio dos quais se possa melhor compreender o objeto desta monografia.

Cumpra destacar, ainda, que não se tratará neste tópico sobre a questão dos efeitos funcionais da aplicação da norma processual penal por se entender que tal conteúdo é regulado de maneira similar ao da norma penal, já tendo sido, portanto, analisado anteriormente.

### 3.2.2.1 Efeitos temporais da norma processual penal

Ao se tratar dos efeitos temporais da regra processual penal, provavelmente, o aspecto que mais se destaca (e incita polêmicas) é a questão da sua irretroatividade.

Dispõe o art. 2º do Código de Processo Penal que a lei processual penal será aplicada desde logo, sem qualquer prejuízo aos atos já praticados na vigência da lei anterior<sup>200</sup>. Desse modo, conclui-se que nada impede que uma regra processual vigore sobre dado fato, ainda que na data da conduta, outra fosse a norma processual que o regia. Nos dizeres de Marques<sup>201</sup>, a norma processual tem seus efeitos estendidos apenas para o futuro, ou seja, para os atos e procedimentos que ainda não foram realizados até a sua entrada em vigor.

Para Lopes Jr., no entanto, a imediatidade com a qual é dotada a norma processual penal é flagrantemente inconstitucional. Para ele, assim como ocorre com as regras penais, as normas processuais penais mais benéficas ao réu deveriam ser retroativas, ao passo que a lei que lhe fosse mais prejudicial teria vedada a retroatividade de seus efeitos<sup>202</sup>.

Nessa seara, Tornaghi aponta que “a questão da retroatividade das leis situa-se no terreno da contemporização entre a segurança e a justiça”<sup>203</sup>. Assim, em tese, a lei processual nova sempre corresponderá melhor aos interesses da sociedade em sua ânsia por justiça. Contudo, em atenção à segurança jurídica não se faz viável que a nova norma, ainda que hipoteticamente melhor, transforme todos

---

<sup>200</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

<sup>201</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 54.

<sup>202</sup> LOPES JR., Aury. *Op. Cit.* p. 217/218.

<sup>203</sup> TORNAGHI, Hélio. *Op. Cit.* p. 172.

os atos praticados antes de sua vigência<sup>204</sup>. Isso implica dizer que a regularidade do ato processual será subordinada à lei em cuja vigência este foi praticado<sup>205</sup>.

A irretroatividade da regra processual penal mais do que garantir a segurança jurídica, também ajuda a evitar o caos jurisdicional. Isso porque, se a cada vez que uma nova lei mais benéfica sobre o procedimento for aprovada e se fizerem nulos todos os atos processuais praticados sob o regime da norma mais antiga e prejudicial, haverá atolamento e sobrecarga do Judiciário, o que comprometerá o bom andamento do devido processo legal e, ao revés de salvaguardar o melhor interesse dos indivíduos que tutela, acabará por prejudicá-los em médio prazo.

Saliente-se, aqui, que não se pretende ir contra a possibilidade de retroatividade das leis processuais penais. Só o que se deseja é demonstrar que, por mais que a retroatividade seja, em tese, benéfica, ainda há problemas de ordem prática que impedem sua aplicação de forma eficaz. Nesse sentido, Figueiredo Dias afirmou que a aplicação da lei deve ser feita atendendo aos critérios da razoabilidade e, caso se aplicasse a retroatividade a todas as leis não seria razoável que a “totalidade das condenações penais cuja execução ou cujos efeitos se mantêm tivesse de ser reformada todas as vezes que uma lei nova viesse atenuar uma qualquer consequência jurídico-penal ligada ao facto”<sup>206</sup>.

Ainda no que toca aos efeitos temporais de aplicação das normas processuais penais, Marques destaca que quando um ato processual, em virtude de não ser instantâneo, tenha se iniciado sob a vigência de uma lei, e, antes de ser completado, passou a vigorar outra lei, ele será regido pelos critérios da lei antiga. Tal interpretação estende-se, inclusive, aos prazos que já começaram a correr, independentemente de se a nova lei os aumenta ou diminui<sup>207</sup>.

### 3.2.2.2 Efeitos espaciais da norma processual penal

Segundo Lopes Jr., diferentemente do que acontece no Direito Penal, “onde

<sup>204</sup> Idem.

<sup>205</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 61.

<sup>206</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.* p. 201/202.

<sup>207</sup> Idem.

se trava longa e complexa discussão sobre a extraterritorialidade da lei penal”, no Processo Penal a situação é deveras menos complicada, uma vez que, neste campo vige o princípio da territorialidade<sup>208</sup>. Nessa esteira, tem-se o artigo 1º do Código de Processo Penal que, por sua vez, delimita o campo de vigência das normas processuais penais ao território brasileiro<sup>209</sup>.

De acordo com Marques<sup>210</sup>, mesmo quando ocorre a prática, por um agente brasileiro, de algum ato de cooperação internacional, este será feito nos moldes da legislação processual penal brasileira, dominando o princípio da aplicação da *lex fori*.

Em que pese Lopes Jr.<sup>211</sup> sustentar que não há qualquer possibilidade de eficácia extraterritorial das normas processuais penais brasileiras, Tornaghi<sup>212</sup> apresenta três hipóteses em que essa extraterritorialidade pode ocorrer, a saber, em território neutro, em território estrangeiro com autorização do respectivo Estado e em território inimigo ocupado. A isso, Marques acrescenta a impossibilidade de vigência da regra processual penal brasileira em determinados casos, estipulados por meio de tratados, convenções e regras do direito internacional, tais como o das imunidades diplomáticas<sup>213</sup>.

Ainda no âmbito da exceção ao princípio da territorialidade, tem-se, de acordo com os ensinamentos de Nucci, a ressalva feita no artigo 5º, § 4º da Constituição Federal, segundo a qual, o Brasil reconhece sua submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. Significa afirmar, segundo o referido autor, que por mais que um delito tenha ocorrido em território brasileiro, em caso de interesse do Tribunal Penal Internacional, há a faculdade de que esse agente seja entregue à jurisdição estrangeira. Tal possibilidade somente é vetada no caso de tal agente ser brasileiro, em razão da vedação contida no artigo 5º, LI, também da Carta Constitucional<sup>214</sup>.

Evidente se faz, portanto, o fato de que a regra geral quando se trata do âmbito de validade territorial da norma processual penal é que esta obedeça aos

<sup>208</sup> LOPES JR., Aury. *Op. Cit.* p. 221.

<sup>209</sup> O território brasileiro, nesse caso, apresenta conceituação ampla, sendo que esta já foi aqui tratada, no tópico 3.1.2.2.

<sup>210</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p.64.

<sup>211</sup> LOPES JR., Aury. *Op. Cit.* p. 221.

<sup>212</sup> TORNAGHI, Hélio. *Op. Cit.* p. 169.

<sup>213</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 64.

<sup>214</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. E. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 130.

padrões estabelecidos pela territorialidade, podendo, em casos extremos, dotar-se de extraterritorialidade ou mesmo ter sua territorialidade mitigada.

### 3.3 DISTINÇÃO ENTRE NORMAS PENAS E NORMAS PROCESSUAIS PENAS

Após toda essa incursão feita, primeiro ao mundo da norma jurídica *latu sensu* e, posteriormente, ao panorama característico das normas processuais penais e das normas penais, já se torna mais fácil visualizar os motivos pelos quais a distinção entre essas duas modalidades se faz importante. De fato, ambas as categorias de normas apresentam critérios de aplicação (e efeitos) muito diversos em dados pontos, não sendo possível tratá-las da mesma forma e não incorrer em prejuízo ao Direito.

Provavelmente, o melhor critério para se elaborar a diferenciação a que esta monografia se propõe fundamenta-se na necessidade de interpretar a lei da melhor forma possível, buscando nela seu objeto e seu significado. Para Tornaghi<sup>215</sup>, não basta conhecer seu sentido, devendo o intérprete buscar a norma contida na lei, de forma a compreender seu objetivo. Em suas palavras, “a interpretação não é mero diletantismo intelectual; tem ela um fim prático: desencavar a norma contida na lei e que deve ser aplicada”.

Existe na literatura jurídica, ampla gama de tratados a respeito da interpretação das leis. Contudo, não é essa a proposta da presente análise. Não obstante a importância indiscutível da interpretação no campo normativo, o que se pretende ao mencioná-la não é fazer apontamentos a respeito dos critérios em que deve ser efetuada, ou desfiar as diferentes maneiras como pode ser classificada. A intenção, nessa pesquisa é, tão somente, demonstrar que para se interpretar uma lei, no campo criminal, e chegar ao seu conteúdo, obrigatoriamente se passará pela necessidade de definir a que grupo de normas pertence, porque somente assim será possível compreender mais amplamente a essência da vontade nela embutida, bem como seus parâmetros de aplicação.

Desse modo, caso pouca atenção se dê a essa temática, ou pouco cuidado

---

<sup>215</sup> TORNAGHI, Hélio. *Op. Cit.* p. 118/119.

se tenha no momento de desempenhar essa árdua tarefa, pode-se, erroneamente, incluir dada lei no grupo das regras penais ou no grupo das regras processuais penais o que acarretará, considerando-se que a opção por uma ou outra incorre em consequências muito diversas, o engessamento do processo e sua consequente morosidade, ou ainda seu desvirtuamento a tal ponto que perderá sua função primeira de garantir a segurança jurídica, acabando por desnaturar os propósitos a que deve cultuar.

Em síntese, buscar um correto enquadramento da regra penal no subsistema penal ou no subsistema processual penal não passa de um pressuposto para o conhecimento pleno do conteúdo da norma. Assim sendo, indispensável a análise da diferenciação entre as regras penais e as regras processuais penais, pois somente assim, se tornará menos tortuosa a identificação de uma e de outra.

A produção em torno de tal tema, trazida a luz por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar<sup>216</sup>, ainda é deveras tímida no ordenamento jurídico. Por isso a necessidade cada vez mais premente de se debruçar em torno desse assunto e buscar parâmetros que diferenciem as normas de uma e outra disciplina, sem, contudo, encerrar o diálogo entre elas, de modo a contribuir para a dinamização do Direito como um todo e, principalmente, das expectativas daqueles que por ele são tutelados.

### 3.3.1 A dificuldade na diferenciação: flexibilidade na natureza de determinadas normas

Feitas as considerações a respeito da necessidade da diferenciação adequada das normas penais e das normas processuais penais, bem como da interdisciplinaridade que vincula Direito Penal e Direito Processual Penal, pode parecer fácil, à primeira vista, a distinção entre tais regras. Contudo, na prática a questão é muito mais espinhosa do que pode parecer, gerando obstáculos de tal monta que inúmeras polêmicas são suscitadas na doutrina a respeito da natureza dos institutos e de qual a modalidade correta de normas em que devem ser

---

<sup>216</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.* p. 289/295.

enquadrados.

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar atribuem tal dificuldade ao fato de que “várias normas são comuns a seus respectivos horizontes de projeção”<sup>217</sup>, gerando dúvidas e confusões. Ressaltam tais autores que diversos institutos considerados processuais adquirem, ao menos na aplicação prática, natureza jurídica controversa e ambígua, aproximando-se muito dos limiares da norma penal. Da mesma forma, questões que são essencialmente processuais, acabam por ser consideradas de teor penal<sup>218</sup>, gerando grandes desproporções no sistema jurídico. Larenz, ao tratar do processo de seleção das normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, admite que, na prática, essa pode ser uma tarefa muito complicada, uma vez, que existem vários prismas jurídicos sobre os quais se pode olhar a questão<sup>219</sup>.

Para Figueiredo Dias, não obstante a separação do Direito Penal e do Direito Processual Penal seja tranquila e concludente, há uma área nebulosa que cria as mais diversas dificuldades, no ponto de vista jurídico-prático, para a delimitação da pertinência das normas a cada uma das disciplinas. Isso se deve porque muitas destas regras e institutos são flexíveis quanto à sua colocação jurídica, de forma que possuem uma dupla natureza, consistente em parte material e parte processual<sup>220</sup>.

O próprio Código Penal Brasileiro é um exemplo dessa flexibilidade em muitos de seus dispositivos. De fato, ao se analisar as disposições contidas nos artigos 100 e seguintes do referido diploma legal, torna-se evidente que regulam o exercício e a extinção das ações penais, assim como seus requisitos de procedibilidade, matéria flagrantemente processual, portanto<sup>221</sup>.

Contudo, como muito bem apontam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar<sup>222</sup>, verifica-se uma crescente dificuldade para a diferenciação adequada entre as normas penais e processuais penais, tais como as referidas acima, por exemplo. Tal problema é agravado pela flagrante preferência dos juristas em classificá-las todas como de natureza penal, negando-lhes seu caráter processual em busca de uma aparente praticidade que, se analisada atentamente, denuncia rachaduras profundas

---

<sup>217</sup> Idem. p. 289.

<sup>218</sup> Idem.

<sup>219</sup> LARENZ, Karl. *Op. Cit.* p. 277.

<sup>220</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.* p. 7.

<sup>221</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.* p. 291.

<sup>222</sup> Idem.

em sua estrutura e acaba por ruir quando se percebe que as normas que regulam a ação penal e estão contidas no Código Penal, por exemplo, são peças fundamentais da Teoria da Ação que, por sua vez, “é um eixo doutrinário central do direito processual”<sup>223</sup>.

Marques, ao tratar da dificuldade de diferenciação entre as regras penais e regras processuais penais em razão da flexibilidade na natureza jurídica de grande parte das normas, sustenta que não apenas o Código Penal possui disposições claramente processuais, tais como as que regulam a ação penal e a legitimação ativa, como o Código de Processo Penal abriga dispositivos ligados ao Direito Penal material<sup>224</sup>, não sendo segura a diferenciação tão somente com base no diploma legal em que tais normas se encontram alocadas.

É patente a preferência dos juristas atuais em classificar a natureza das normas de acordo com a codificação onde se encontram inseridas, de modo que as normas penais seriam aquelas embutidas no Código Penal, ao passo que as normas processuais penais nada mais seriam do que aquelas constituintes da codificação processual. É um critério equivocado, no entanto. Chiovenda<sup>225</sup> é enfático ao afirmar que a natureza processual (ou não) de uma lei não deve ser associada ao lugar em que ela aparece incluída. Hespanha<sup>226</sup>, por sua vez, condena a tradição dos juristas em se aterem à literalidade dos fatos que cercam dada norma jurídica para interpretá-la, imiscuindo-se de indagar se realmente tal interpretação apresenta compatibilidade com o sistema jurídico e social em que se insere, correspondendo na melhor forma de traduzi-la e entendê-la.

Destaque-se, ainda, que considerável parte das normas jurídicas possui caráter tanto processual quanto material em sua composição, fazendo com que a diferenciação em uma ou outra modalidade se tornasse quase impossível. Com o objetivo de simplificar a questão, grande parte da doutrina jurídica, achou por bem criar uma terceira espécie de regras que acolhesse essas normas de modo a agrupá-las todas e denominá-las de normas mistas. Com a máxima vênia, tal posicionamento é contestado na presente monografia, uma vez que tão somente maquia o problema, sem resolvê-lo a contento. Não obstante a dificuldade hercúlea de se categorizar tais normas em um grupo ou outro, esta não é uma tarefa inviável,

---

<sup>223</sup> Idem.

<sup>224</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 58.

<sup>225</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. Cit.* p. 120.

<sup>226</sup> HESPANHA, António Manuel. *Op. Cit.* p. 663/664.

sendo, sim, plenamente possível que as normas jurídicas, em que pese sua natureza flexível, sejam classificadas ou como normas penais ou como normas processuais penais.

Contudo, faz-se interessante um rápido olhar sobre as denominadas normas mistas para que, em seguida, com maior fundamento, se possa refutar tal classificação, enquadrando as normas por esta abrangidas na tradicional distinção dicotômica das normas jurídicas penais e processuais penais.

### 3.3.2 As chamadas “leis penais mistas”

Em que pese não ser este o entendimento sustentado por essa monografia, é considerável, no mundo jurídico, a quantidade de estudiosos que defendem a existências de regras jurídicas que não pertencem com exclusividade nem à seara do Direito Penal e, tão pouco, à seara do Direito Processual Penal.

Lopes Jr., enquanto adepto da distinção tripartida das normas, define as leis mistas como “aquelas que possuem caracteres penais e processuais”<sup>227</sup> e destaca sua costumeira denominação na doutrina jurídica como “normas mistas com prevalentes caracteres penais”.

De acordo com essa concepção das normas jurídicas, adentrariam o âmbito das normas mistas todas aquelas regras que, muito embora estejam relacionadas com a regulação dos atos procedimentais, acabam gerando como consequências direitos e/ou matéria afeitos ao direito material. Esse é o entendimento de Nucci<sup>228</sup> que, no entanto, prefere denominá-las de normas processuais penais materiais, destacando-lhes a retroatividade sempre que mais benéfica ao acusado.

Em que pese a argumentação sustentada pelos autores, defende-se no âmbito desta monografia que mesmo as regras com conteúdo ambíguo são passíveis de inserção ou no sistema processual penal ou no sistema penal. Verifica-se que, na realidade, as denominadas normas mistas (ou híbridas) nada mais são do que uma modalidade de normas processuais em que o caráter não instrumental sobressai-se em maior escala do que nas ditas normas processuais puras sem que,

---

<sup>227</sup> LOPES JR., Aury. *Op. Cit.* p. 216.

<sup>228</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** p. 139.

por isso, se negue que também nestas últimas está presente uma dosagem considerável de características afeitas ao Direito Penal. Cirino dos Santos, ao abordar o tema, enfatiza que “o gênero *lei penal* abrange as espécies *lei penal material* e *lei penal processual*, regidas pelo mesmo princípio fundamental”<sup>229</sup>.

Esse entendimento é corroborado quando se busca na Teoria Geral do Direito a concepção de que a norma é formada por preceito e sanção<sup>230</sup>. Partindo-se dessa premissa e considerando-se que, a exemplo do que lecionam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, “a sanção penal é a pena e a processual a nulidade”<sup>231</sup>, verifica-se não ser possível afirmar que as chamadas “normas mistas” não são processuais, uma vez que regulam questões procedimentais passíveis de nulidade e ineficácia e nunca de pena, ainda que haja algum interesse tutelado pelo direito material em sua essência.

Considerando-se que as disciplinas de Direito Penal e de Direito Processual Penal são fortemente vinculadas, não há sentido em se negar que suas normas não possam, por vezes, possuir caracteres similares, sem que para isso sofram desnaturação a ponto de perderem sua identidade. De fato, considerando-se que o objetivo das normas processuais penais é a garantia de efetividade das normas penais, é inevitável que, de uma forma ou de outra, sempre tangenciem conteúdo afeito ao direito material. Utilizando-se um pouco de abstração, é possível a percepção de que todas as normas processuais, em última e diluída instância, desembocam no direito material. Por mais que algumas normas ostentem esse vínculo de forma mais escancarada nem por isso deixam de possuir as características que as classificam como processuais. Criar uma terceira categoria para abrangê-las, no entanto, não parece a melhor opção, uma vez que corre o risco de se constituir um grande limbo em que são atiradas todas as regras jurídicas cuja natureza jurídica é controversa, culminando na desistência de compreendê-las em sua essência.

Conclui-se, portanto, que não é adequado considerar uma terceira categoria de regras (normas mistas). Tal sustentação não implica negar a existência de normas processuais com amplitude também material. Contudo, há que se ter a percepção de que tais normas de caráter híbrido, longe de formar uma terceira

---

<sup>229</sup> SANTOS, Juez Cirino dos. *Op. Cit.* p. 53.

<sup>230</sup> A exemplo do que disciplina Kelsen.

<sup>231</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.* p. 291.

classificação, consistem em mera subespécie das normas processuais penais, permanecendo visceralmente conectadas a elas.

### 3.3.3 Motivos e efeitos para uma correta distinção

A grande motivação que fundamenta a necessidade de uma distinção criteriosa e adequada entre as normas processuais penais e as normas penais é a de que tal separação é essencial para a compreensão de tais regras, facilitando-lhes a aplicação correta e evitando antinomias no ordenamento jurídico-criminal. Tal alegação adquire consistência ainda maior quando se verifica que, efetivamente, normas penais e normas processuais penais, muito mais do que estarem fundadas em objetos distintos, desembocam efeitos e consequências diferentes quando de sua aplicação, ocasião em que saem da realidade abstrata do direito e adentram o cenário complexo da realidade social.

As normas jurídicas, em qualquer ramo a que pertençam, somente podem adquirir efetividade caso sejam aplicadas de forma coerente ao fim a que se propõem. Caso seu objeto seja de tal forma confundido ou desnaturado a ponto de provocar sua aplicação de maneira equivocada, podem gerar-se antinomias no sistema jurídico, uma vez que o bem jurídico a que determinada norma deveria tutelar fica a descoberto.

Caso uma norma jurídica pertencente a um regime de regras específico seja aplicada como sendo de outro, deixará de produzir a maior parte das consequências e efeitos que lhe são inerentes, tornando-se ineficaz e vazia.

Como já analisado ao longo desse capítulo, normas penais e normas processuais penais não apresentam apenas nomenclaturas diferentes. As restrições e liberdades que envolvem suas respectivas aplicações também são distintas e geram consequências jurídicas diferentes, motivo pelo qual uma não pode ser confundida com a outra. Figueiredo Dias sustenta, nesse sentido, que “sejam porém quais forem as dificuldades de determinação do carácter substantivo, processual ou executivo de certas normas jurídico-penais, uma tal determinação é **relevante para**

**muitos efeitos** e não deve ser escamoteada”<sup>232</sup>. Para o citado autor<sup>233</sup> tais normas apresentam diferenciações consideráveis no que tange à retroatividade (ou não) da lei, à vedação da aplicação da norma por analogia e à forma de aplicação da lei no espaço. E continua:

Ponto é que a atribuição da norma ou instituto ao direito penal, ao direito processual penal ou ao direito penal executivo não seja levada a cabo numa base puramente lógico-formal e conceitualista, mas por apelo à considerações teleológicas, axiológico-normativas e político-criminais decisivas no contexto de um sistema funcional e racional<sup>234</sup>.

É, conforme se extrai das palavras do supracitado autor, no âmbito de sua aplicação que as normas apresentam as maiores distinções de umas em relação às outras. Em que pese já tenha se tratado ao longo desse trabalho sobre efeitos e consequências de aplicação das normas penais e das normas processuais penais, quando se tornou evidente as grandes diferenças que trazem neste quesito, importa mais uma vez, em termos não tão detalhados, traçar tal diferenciação, agora, de uma quando comparada a outra.

A primeira grande diferença no âmbito de aplicação das normas jurídico-penais trata-se, sem dúvida, da questão da retroatividade. Para as regras penais, a lei aplicável é aquela que estava em vigência à época da realização da conduta delitiva. Contudo, sempre e quando uma nova lei seja mais benéfica do que a primeira, ela deve retroagir, beneficiando o autor do fato. No entanto, quando se trata de normas processuais penais, como regra, o critério aplicável é o da imediatidade<sup>235</sup>, que estipula que a lei aplicável ao ato processual é aquela que está em vigor no exato momento de sua prática. Desse modo, basta que a lei entre em vigor para que ela passe a regular todos os atos relativos ao procedimento que serão executados a partir de então. Seus efeitos não se estendem, contudo, aos atos processuais já realizados, ainda que no corpo do mesmo processo.

Ao tratar da retroatividade das leis penais mais benéficas, Lopes Jr. chamou a atenção para o fato de que apenas uma concepção ampla, baseada nos princípios

<sup>232</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.* p. 07. Grifo no original.

<sup>233</sup> *Idem.*

<sup>234</sup> *Idem.* p. 07/08.

<sup>235</sup> Esse princípio não se aplica nos casos em que qualquer lei processual, que entre em vigência em data posterior à realização da conduta criminosa, resulte na diminuição de garantias ou de direitos fundamentais ou implique qualquer forma de restrição de liberdade, devendo, nesse caso, prevalecer a legislação vigente à época do delito (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 113).

constitucionais pode indicar que dada norma é ou não mais gravosa ao réu, não consistindo em mera questão de ocorrência ou não de cerceamento de defesa<sup>236</sup>. Além disso, a importância desse critério de aplicação é tamanho que Bittencourt chegou a afirmar que o conflito do Direito intertemporal pode ser sintetizado na ideia de retroatividade da lei mais benigna, mas que somente o caso concreto poderá apontar qual é essa lei, tendo em vista que, por vezes, disposições que aparentam maior benefício ao agente são, na realidade, mais prejudiciais<sup>237</sup>.

Vale ressaltar, também, que por mais que se afirme que as regras processuais penais não são, em regra, passíveis de retroatividade ainda que mais benéficas, esse entendimento não é pacífico no universo jurídico. Cirino dos Santos, por exemplo, aponta que a retroatividade da lei penal mais favorável incide em todas as hipóteses, inclusive, a de normas processuais penais<sup>238</sup>. Destaque-se, ainda, que a retroatividade da norma penal mais benéfica é admitida também nos casos de norma processual penal com caracteres materiais<sup>239</sup>. Não se trata, nesse caso, de se reconhecer a existência de normas mistas, cuja aplicação se deve dar pelas regras do direito material. O que se defende, no caso, é que todas as regras processuais penais, à exceção das que regulam a formalização processual e a organização judiciária, em sentido amplo, devem ser passíveis de retroatividade sempre que sua não aplicação implique prejuízo aos direitos fundamentais e garantias do agente.

Outra diferenciação entre as normas penais e as normas processuais penais consiste na possibilidade de aplicação por analogia. Enquanto no sistema normativo penal tal faculdade é terminantemente proibida, no processo penal ela é perfeitamente aceita. De acordo com Fragoso<sup>240</sup>, a analogia sofre limitações, na seara das normas penais, em razão do princípio da reserva legal, positivado no artigo 1º do Código Penal em vigor<sup>241</sup>, de modo que não é possível que a norma penal seja utilizada analogicamente com o fim de criar novas figuras delitivas ou cominar penas ou medidas de segurança que não estão previamente previstas na legislação. Já a norma processual penal comporta tranquilamente a analogia, tendo

---

<sup>236</sup> LOPES JR., Aury. *Op. Cit.* p. 215/216.

<sup>237</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 107.

<sup>238</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* p. 50.

<sup>239</sup> Nesse sentido, os entendimentos de Guilherme de Souza Nucci e Cezar Roberto Bittencourt.

<sup>240</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 105

<sup>241</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

inclusive disposição legal que a autoriza, a saber, o artigo 3º do Diploma Processual Penal<sup>242</sup>.

A última grande diferenciação no que toca aos efeitos das normas penais e processuais penais é, sem dúvida, a sua aplicação espacial. De acordo com o artigo 1º do Código de Processo Penal<sup>243</sup> a norma processual somente é aplicável ao território nacional, não sendo passível, em regra, de extraterritorialidade, em respeito à soberania dos Estados. Diferentemente, o Código Penal<sup>244</sup> prevê em seu artigo 7º diversas situações em que as normas penais são válidas ainda que em solo estrangeiro, adquirindo, portanto, caráter extraterritorial.

De fato, ao tratar da aplicação da norma processual no espaço, Marques salientou que “o Direito Processual Penal é eminentemente territorial, uma vez que os órgãos judiciários só aplicam as normas processuais de seu próprio Estado”<sup>245</sup>. A norma penal, no entanto, sendo dotada de extraterritorialidade, é brindada com os princípios da proteção, da personalidade e da competência penal universal<sup>246</sup>, de modo que sua aplicação é muito mais ampla espacialmente do que a da norma processual penal.

Tendo-se traçado esse paralelo de distinções entre as formas de aplicação das regras penais e processuais penais, importa salientar que, tais diferenças não podem ser confundidas com a causa da distinção entre as duas categorias de normas, mas simplesmente como a consequência. Não são as características supracitadas os elementos que categorizam uma ou outra norma, mas antes os efeitos provocados por essa diferenciação, tendo sido abordadas apenas para que melhor se compreenda a importância da adequada diferenciação entre as normas.

O caminho a ser trilhado para a correta distinção das regras penais e das regras processuais penais é árduo. Ferraz Jr.<sup>247</sup>, inclusive, afirma que nem sempre é fácil identificar uma distinção. Não classificá-las conforme sua localização já consiste, no entanto, em um grande avanço. Assis Toledo<sup>248</sup>, nesse sentido, lecionou que no ordenamento jurídico brasileiro é perceptível “certa arbitrariedade na

---

<sup>242</sup> BRASIL, Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

<sup>243</sup> Idem.

<sup>244</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

<sup>245</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. Cit.* p. 64.

<sup>246</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.* p. 40.

<sup>247</sup> FERRAZ JR. **Introdução ao Estudo do Direito**. P. 127.

<sup>248</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. Cit.* p. 31.

localização de determinadas normas”, motivo pelo qual, tal critério não pode servir de norte para a complexa tarefa de diferenciação.

Refutada, então, a ideia de diferenciação das normas penais e das normas processuais penais com base no Diploma legal em que se encontram inseridas, cumpre, por fim, delinear os contornos daqueles que parecem ser os mais adequados parâmetros gerais de diferenciação das referidas modalidades de regras jurídicas, tarefa essa que se passa a executar agora.

### 3.3.4 Parâmetros gerais de diferenciação

Examinadas as múltiplas faces que tangenciam o objeto desta monografia, nada mais resta do que encarar abertamente o problema a que este trabalho se propôs: como distinguir uma norma penal material de uma norma processual penal?

Não é uma pergunta de resposta fácil, mesmo após todos os ângulos e conteúdos esmiuçados. Contudo, já se fez possível a aquisição de determinadas ferramentas que irão tornar esse processo de definição menos penoso.

Para efetuar a distinção propriamente dita a que se propõe essa pesquisa parte-se, primeiramente, do ponto de convergência entre as referidas regras, a saber, o fato de que ambas são, irrefutavelmente, normas jurídicas. Sendo assim, tanto uma como a outra são dotadas de preceito e sanção. E é aí que se localizam os aspectos que as diferenciam, uma vez que o conteúdo de seus preceitos e de suas sanções apresenta consideráveis diferenças.

No que tange ao preceito, a norma jurídica penal deve ser reconhecida como aquela que aponta uma conduta (ação ou omissão) considerada ilícita<sup>249</sup> e lhe comina uma sanção ou, ainda, que contém princípios ou dispõem sobre a aplicação e os limites<sup>250</sup> das normas incriminadoras. Já o preceito das normas processuais penais é voltado para a regulação procedimental, apontando diretrizes e comandos para o bom andamento do devido processo legal que, por sua vez, permitirá que as normas penais materiais sejam aplicadas de forma mais efetiva. Tornaghi<sup>251</sup> torna

---

<sup>249</sup> No caso das normas incriminadoras.

<sup>250</sup> Sempre e quando se trata de normas não incriminadoras.

<sup>251</sup> TORNAGHI, Hélio. *Op. Cit.* p. 88/89.

clara essa distinção ao afirmar que as normas penais são as responsáveis por regular a relação, entre o Estado e os agentes com capacidade para delinquir, que se configura com a presença de “todos os requisitos legais, subjetivos e objetivos, para a punibilidade”, ou ainda, a relação entre o Estado e os indivíduos potencialmente perigosos, aos quais devem ser aplicadas medidas de segurança, ao passo que as normas processuais penais se propõem a regular “a atividade necessária para tornar evidente a relação do Direito Penal”, ou seja, o controle da relação processual.

Impende destacar, no entanto, que por mais que os respectivos preceitos sejam o primeiro ponto de diferenciação entre as normas processuais penais e as normas penais, eles não se opõem e, de forma alguma, se excluem. Ao contrário. Conforme preleciona Tourinho Filho, a finalidade mediata – paz social - de ambas as normas se confunde. Quanto à finalidade imediata, no entanto, se complementam, uma vez que o objetivo da norma processual penal é tornar realidade os pressupostos contidos nas normas penais. Conforme as palavras do autor, tem-se que “enquanto este [o Direito Penal] estabelece sanções aos possíveis transgressores das suas normas, é pelo Processo Penal que se aplica a *sanctio juris*, porquanto toda pena é imposta ‘processualmente’”<sup>252</sup>.

Além de no preceito, diferenciam-se as normas penais das normas processuais penais no que diz respeito à sanção. Saliente-se que há certa pacificidade no universo jurídico quanto ao conteúdo da sanção penal, a saber, a pena. Quanto à norma de processo penal, não cabe a afirmação de que não contém sanção, uma vez que é dotada de eficácia reforçada, de modo a garantir o seu cumprimento, e sempre quando desrespeitada acaba por gerar nulidades e a ineficácia dos atos processuais. Tal entendimento encontra guarida nas lições de Zaffaroni<sup>253</sup>, para quem a sanção penal consiste em pena ao passo que a sanção processual desemboca na nulidade.

Diante dos parâmetros de distinção levantados, pode-se, por fim, chegar ao que parece ser a distinção mais adequada e objetiva das normas estudadas. Com base em toda a análise efetuada se tornou possível perceber que a diferença entre as regras penais e processuais penais é, antes de tudo, estrutural, abarcando suas

---

<sup>252</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. Cit.* p. 50.

<sup>253</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.* p. 291.

respectivas essências enquanto norma jurídica, a saber, as definições de seus preceitos e sanções.

Desse modo, verificou-se que enquanto a norma penal tem o seu preceito fundado na regulação de dadas condutas, considerando-as ilícitas e passíveis de punição, devendo ser submetidas a uma sanção que consiste, essencialmente, na pena, a norma processual penal possui um preceito inegavelmente instrumental, que busca reger as condições que envolvem o processo, de modo a garantir a concretização da norma penal, e, em caso de desrespeito, origina nulidades, as quais se configuram como sanção.

Em um prisma mais sociológico da questão, tem-se a posição de Tornaghi<sup>254</sup>, o qual sustenta que enquanto a norma penal visa à garantia da paz social, ameaçando por meio de penas aquelas condutas por ela consideradas como ilícitas, a norma processual penal consiste no instrumento de proteção daqueles que, inocentes, são submetidos às agruras do processo criminal.

Tendo-se determinado, por fim, quais são as distinções entre a regra penal e a regra processual penal, novamente, se destaca a importância de que estas sejam sempre aplicadas da melhor forma possível, sem incorrer em distorções desnecessárias, principalmente, é óbvio, no que tange a qual ramo do Direito pertencem. Embora tal diferenciação tenha sido desenvolvida no âmbito desta monografia, é imperioso destacar que tal temática merece mais atenção por parte dos juristas, uma vez que sua análise no ordenamento jurídico brasileiro é praticamente nula.

Não faz mais sentido, como, de fato, nunca se fez, que um problema de tal monta se encontre relegado ao plano do esquecimento. Sobretudo, caso se reconheça que tanto o sistema penal quanto o sistema processual penal encontram suas fundações nas normas jurídicas, sendo imprescindível para o correto funcionamento daqueles, que o aplicador do direito tenha pleno domínio sobre as últimas.

---

<sup>254</sup> TORNAGHI, Hélio. *Op. Cit.* p. 75.

#### 4 O PROBLEMA DAS REGRAS SOBRE PRESCRIÇÃO EM MATÉRIA PENAL

Traçadas as linhas gerais de distinção entre norma penal e norma processual penal, parece adequado, neste momento, analisar-se tal problemática quando aplicada ao caso concreto. Assim sendo, optou-se por buscar um instituto de natureza jurídica controvertida na doutrina, de forma a tentar se operar concretamente essa divisão, de sorte que a figura jurídica escolhida foi a prescrição punitiva relacionada à temática penal. Deve-se, no entanto, destacar que o estudo da prescrição não é o foco desta pesquisa, motivo pelo qual o olhar lançado sobre tal instituto será breve e pouco aprofundado.

Atualmente, a prescrição é um instituto consolidado no cenário jurídico brasileiro. Contudo, nem por isso é entendido de forma unânime por todos os estudiosos e aplicadores do Direito. Saliente-se, ainda que, por mais que cada vez mais tenha se orientado no sentido de fazer incidir a prescrição sobre todas as condutas delitivas, não é o que acontece no Brasil, havendo os chamados “crimes imprescritíveis”. Nesse sentido, Bittencourt aponta que:

contrariando a orientação contemporânea do moderno Direito Penal liberal, que prega a prescritibilidade de todos os ilícitos penais, a Constituição Brasileira de 1988 declara que são *imprescritíveis* “a prática de racismo” e “a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (art. 5º, incs. XLII e XLIV)<sup>255</sup>.

Zaffaroni e Pierangeli, a sua vez, criticam essas vedações à prescrição supracitadas. Para esses autores, tal imprescritibilidade soa antes como vingança social e estatal, sentimento este incoerente e incompatível com o Estado de Direito que se afirma sustentar na atualidade. Assim sendo, “não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade”, sobretudo quando se verifica que “as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram infinitamente”<sup>256</sup>.

Outro aspecto interessante ligado à temática da prescrição em matéria penal consiste, nos motivos que justificam seu emprego no ordenamento jurídico ou, como

---

<sup>255</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 707/708.

<sup>256</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 645.

denomina Nucci<sup>257</sup>, “as teorias justificadoras” da prescrição. De acordo com Bruno, existem duas razões preponderantes que levam à legitimação da prescrição, sendo uma de caráter flagrantemente material e outra de caráter processual. A primeira, consistiria no desaparecimento do interesse do Estado em punir<sup>258</sup>, uma vez que “*se a ressocialização se produz por si só, sem a intervenção da coerção penal, o cárcere fica sem sentido*”<sup>259</sup>. Já a segunda diz respeito, exclusivamente, aos casos em que a prescrição se dá antes da sentença condenatória e se justificaria pela dificuldade de angariar material probatório que possibilitem a apreciação adequada da conduta delitiva<sup>260</sup>, que se torna ainda maior com o decurso do tempo, “*dada a dispersão, alteração ou o desaparecimento das provas*”<sup>261</sup>.

Dotti<sup>262</sup> e Nucci<sup>263</sup> destacam, ainda, várias outras teorias legitimadoras do instituto da prescrição, entre elas, o fato de que com o tempo, a lembrança do crime se apaga da consciência coletiva da sociedade, não mais ocorrendo motivo de punição. Além do mais, em tese, com o decurso do tempo, o simples fato de que o autor da conduta delitiva já sofre a angustiante expectativa de ser, a qualquer tempo, processado e punido, lhe serve, segundo tais teorias, como punição suficiente. Os referidos autores apontam ainda a pressuposição de que com o tempo, o agente que praticou a conduta delitiva já mudou de comportamento, ostentando arrependimento e o fato de já não ser a mesma pessoa da época em que a infração foi cometida, fatos estes que também justificariam a prescrição.

#### 4.1 CONCEITO E TIPOS DE PRESCRIÇÃO

Ao se tratar das conceituações a respeito da prescrição já se consegue avizinhar a controvérsia a respeito da natureza jurídica de tal instituto. De fato, o conceito adotado por cada autor deixa escancarada qual é a visão deste a respeito do assunto.

<sup>257</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral**. p. 591.

<sup>258</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. t. 3. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 141/142.

<sup>259</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 645. Grifo no original.

<sup>260</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. p. 142.

<sup>261</sup> DOTTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 680.

<sup>262</sup> Idem.

<sup>263</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral**. p. 591/592.

Para Fragoso<sup>264</sup>, a prescrição consiste “na perda de um direito pelo decurso do tempo sem que ele seja exercido”. De acordo com esse autor, tal instituto arrebatada do Estado a sua pretensão punitiva ou executória, em razão da demora no exercício desse direito, entendimento este defendido também por Bruno<sup>265</sup>, Marques<sup>266</sup> e Nucci<sup>267</sup>.

Não obstante essa visão claramente material, em que a prescrição age diretamente sobre um direito, limitando-o, há diversos autores que não compactuam com esse entendimento. Segundo Roxin<sup>268</sup>, a prescrição nada mais é do que um impedimento de procedibilidade, impedindo o curso da ação processual que, somente em um caráter mediato, obstruirá a aplicação da pena pelo Estado. Tal visão, ressalte-se, é a adotada nesta monografia no que toca à prescrição punitiva, em razão de melhor se adequar aos padrões de divisões aqui sustentados.

Efetuada a definição jurídica da prescrição, parece oportuno destacar que existem diferentes modalidades desse instituto. Marques<sup>269</sup> sustenta que a “prescrição pode ocorrer *antes de transitar em julgado a sentença final* (Código Penal, art. 109) ou *depois de transitar em julgado a sentença final condenatória* (Código Penal, art. 110)”, o que sustenta a divisão da prescrição em duas modalidades. De acordo com Bittencourt<sup>270</sup>, tal distinção provém da separação entre o *ius puniedi* e o *ius punitiois*, consistindo este na pretensão executória, e advindo após o trânsito em julgado da decisão condenatória, e aquele na pretensão punitiva. Desse modo, na concepção do supracitado autor, as duas modalidades de prescrição consistiriam na prescrição da pretensão punitiva e na prescrição da pretensão executória.

Nucci<sup>271</sup>, por sua vez, prefere traçar um quadro de classificação dos diferentes tipos de prescrição de forma mais detalhada. Para ele, a grosso modo, tal instituto se subdivide em prescrição da pena em abstrato, que é “a perda da pretensão punitiva do Estado, levando-se em conta a pena máxima em abstrato cominada para o crime”, e em prescrição da pena em concreto, que consiste na

<sup>264</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 516/517.

<sup>265</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral.** t. 3. P. 141.

<sup>266</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** v. 3. 1 ed. atual. Campinas: Millennium, 1999. p. 495.

<sup>267</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral.** p. 591.

<sup>268</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general.** t. 1. Madrid: Civitas, 1997. p. 164.

<sup>269</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** v. 3. p. 498.

<sup>270</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 708.

<sup>271</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral.** p. 595.

“perda da pretensão punitiva ou executória do Estado, levando-se em conta o montante da pena fixado na sentença, com, pelo menos, o trânsito em julgado para a acusação”. Assim, a prescrição da pena em abstrato somente poderia ser considerada quando o Estado não dispusesse do quantum da pena definitivamente aplicada pelo juiz e já transitada em julgado pela acusação, ocasiões em que seria utilizada a prescrição da pena em concreto.

Segundo Nucci, a prescrição da pena em concreto, por sua vez, pode ser dividida em duas espécies, a saber, a prescrição da pretensão punitiva, que nada mais é do que a perda do direito de punir, levando-se em conta prazos anteriores ao trânsito em julgado para ambas as partes da sentença condenatória e a prescrição da pretensão executória, consistente na perda do direito de aplicar efetivamente a pena, “tendo em vista a pena em concreto, com trânsito em julgado para as partes”, mas com lapso percorrido entre a data do trânsito em julgado para a acusação e o início do cumprimento da pena ou a incidência de reincidência<sup>272</sup>.

Ainda segundo o autor, a prescrição punitiva novamente se ramifica em prescrição retroativa e prescrição intercorrente. Esta consiste na perda do *ius puniendi* do Estado, levando-se em consideração a pena concreta que já transitou em julgado para a acusação, sendo que em tais casos, o lapso para contagem se inicia na data da sentença e estende-se até o trânsito em julgado para a defesa. A prescrição retroativa, a sua vez, é aquela que ocorre quando se considera a pena concreta estabelecida, “com trânsito em julgado para a acusação, bem como levando-se em conta os prazos anteriores à própria sentença”<sup>273</sup>. No caso da prescrição retroativa, vale ressaltar que a Lei nº 12.234/2010 vedou a possibilidade de sua ocorrência sempre que tenha por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa, ou seja, aquela que poderia ocorrer na fase pré-processual. Contudo, a prescrição retroativa cujo termo inicial é marcado após esse período supracitado é plenamente possível.

Feitas estas considerações introdutórias a respeito do conceito e das modalidades de prescrição, parece evidente que é o momento para se aprofundar mais em seu caráter polêmico, aproximando a análise aqui estabelecida do conteúdo da presente monografia. Para tanto, necessário se faz um breve mergulho no polêmico contexto da natureza jurídica da prescrição penal.

---

<sup>272</sup> Idem. p. 596.

<sup>273</sup> Idem.

## 4.2 CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO

A natureza jurídica da prescrição da pretensão punitiva relacionada à matéria penal é assunto que tem causado polêmica no mundo jurídico. Não são poucos os autores que sustentam ter ela natureza material. Há, contudo, os que destacam o caráter processual de que é dotada e, por fim, autores existem que afirmam que sua natureza jurídica é mista, ou seja, que possui prevalentes penais e prevalentes processuais penais.

A relevância da correta classificação da natureza jurídica do instituto em comento se traduz nas diferentes consequências que se pode extrair de cada categoria. Assim, caso se entenda ser um instituto de direito material, seus efeitos divergirão dos que ostentaria caso se sustentasse ser um instituto de direito processual. Segundo Fragoso:

se se entende que essas normas [as que regulam a prescrição] são de natureza processual, a lei nova que amplia o prazo prescricional tem aplicação imediata (art. 2º, CPP). Se são de direito substantivo, não pode ser aplicada a lei nova mais gravosa, em virtude do princípio da reserva legal (art. 1º, CP)<sup>274</sup>.

Tendo em vista a difícil classificação do instituto como pertencente a dado subsistema jurídico (penal ou processual penal), torna-se patente o motivo pelo qual o caso da prescrição da pretensão punitiva se enquadra tão bem a título exemplificativo no presente trabalho.

Para se delimitar a natureza jurídica dessa modalidade de prescrição, faz-se necessário examinar atentamente cada uma destas teorias. A primeira a ser analisada será a que considera o instituto como material, que é a corrente dominante na atualidade, sendo a preferida da maior parte dos autores brasileiros.

De acordo com Marques<sup>275</sup>, a prescrição possui natureza jurídica material, uma vez que age diretamente sobre o poder punitivo do Estado, extinguindo-o pelo decurso do tempo. A posição sustentada por este autor encerra a tônica dos argumentos que embasam a teoria material. De acordo com tais argumentos, a prescrição acarreta diretamente a extinção do *ius puniendi* estatal, exterminando um

<sup>274</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 517.

<sup>275</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** v. 3. P. 497.

direito em razão do tempo. O autor chega a afirmar que tal instituto “extingue a punibilidade de maneira direta e imediata”. Para ele, a prescrição possui regulação distinta da decadência e da perempção, uma vez que essas atingem primeiramente o direito de acusar e, somente em seguida, atingem a própria punibilidade<sup>276</sup>. Contudo, nos parece mais adequada a afirmação propagada por Zaffaroni e Pierangeli<sup>277</sup>, para quem o fundamento da prescrição punitiva é análogo ao da decadência e perempção das ações processuais<sup>278</sup>.

Saliente ainda que, entre os que engrossam as fileiras da teoria material, um dos argumentos mais recorrentes é no sentido de que o próprio legislador brasileiro definiu a prescrição como causa extintiva da punibilidade quando a inseriu no Código Penal Brasileiro, codificação essa eminentemente material. No entanto, tal afirmação está fundada em bases frágeis, uma vez que como incansavelmente demonstrado nesta monografia, não pode a codificação em que dada norma está porventura inserida definir-lhe a natureza. Nesse sentido, Fragoso<sup>279</sup> afirma que o fato de estarem as normas que regulam a prescrição no Código Penal e não no Código de Processo Penal é irrelevante para a determinação da natureza jurídica da prescrição.

Caso se entenda, diferentemente da primeira corrente apresentada, que a prescrição punitiva tem natureza processual, e este é o entendimento sustentado no âmbito desta monografia, deve-se refutar o seu conteúdo imediato como a extinção da punibilidade e concretizá-lo, antes, como um óbice ao seguimento do processo. De acordo com Fragoso<sup>280</sup>, “os que afirmam o caráter puramente processual da prescrição vêem nela apenas uma suspensão ou impedimento do processo, entendendo que o decurso do tempo não pode transformar a punibilidade em impunidade”.

Para Roxin<sup>281</sup>, trata-se de uma discussão antiga a tentativa de enquadrar a prescrição ou no Direito Penal material, ou no Direito Processual Penal. Para o autor, no entanto, somente será possível se classificar corretamente o instituto caso se busque uma distinção entre as normas penais materiais e as normas processuais

---

<sup>276</sup> Idem.

<sup>277</sup> Em que pese tais autores defenderem a natureza material da prescrição.

<sup>278</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p. 644.

<sup>279</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 517.

<sup>280</sup> Idem.

<sup>281</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* p. 984.

penais que fuja do campo das consequências que provocam e funde-se em um fator mais concreto. Assim sendo, utilizando-se dos estudos de Gallas e Schmidhäuser, propõe ele que as normas penais seriam aquelas que, de algum modo, se vinculam diretamente à conduta delitiva, enquanto que as normas processuais penais seriam aquelas em que não se verifica essa conectividade imediata com o fato. Conforme as palavras do autor tem-se que<sup>282</sup>:

Gallas sostiene que las circunstancias independientes de la culpabilidad se pueden considerar condiciones objetivas de punibilidad si "están en conexión con el hecho", es decir, si pertenecen al "complejo del hecho" en su conjunto, incluyendo "también reflexiones de economía penal y consideraciones a intereses del Derecho de gentes". Según esto, presupuestos de procedibilidad son sólo circunstancias ajenas al complejo del hecho. Schmidhäuser ha precisado esta posición exigiendo para el Derecho material que se trate de una circunstancia cuya "ausencia ya en conexión inmediata con el hecho tenga como consecuencia definitiva la impunidad del autor; la conexión inmediata con el hecho se dará cuando la circunstancia correspondiente pertenezca a la situación del hecho, o bien cuando tendría que ser calificada como resultado del hecho en caso de que la culpabilidad se refiriera a ella"<sup>283</sup>.

Diante dessa concepção de que os pressupostos de procedibilidade são circunstâncias não conectadas diretamente ao fato punível, tendo-se em conta que a prescrição consiste em pressuposto de procedibilidade, uma vez que impede o curso do processo (ou ainda seu início), não haveria como afastar a sua natureza indiscutivelmente processual<sup>284</sup>. Contudo, seguindo-se essa teoria proposta por Roxin, teria que se admitir que tanto a prescrição da pretensão punitiva quanto a prescrição da pretensão executória seriam de natureza processual, uma vez que ambas não se encontram diretamente ligadas ao fato que ensejou a movimentação do aparato punitivo estatal.

Não é este o entendimento defendido no âmbito deste trabalho, no entanto. Para fins desta monografia, considera-se que a natureza processual que envolve a

---

<sup>282</sup> Idem. p. 988.

<sup>283</sup> Tradução da autora: Gallas sustenta que as circunstâncias independentes da culpabilidade podem ser consideradas condições objetivas de punibilidade se "estão em conexão com o fato", ou seja, se pertencem ao "complexo do fato" em seu conjunto, incluindo também "reflexões de economia penal e considerações ao interesse do Direito das gentes". Assim sendo, pressupostos de procedibilidade são apenas circunstâncias alheia ao complexo do fato. Schmidhäuser destacou essa posição ao exigir para o Direito material que se trate de uma circunstância cuja "ausência já em conexão imediata com o fato tenha como consequência definitiva a impiedade do autor; a conexão imediata com o fato se dará quando a circunstância correspondente pertença à situação de fato, ou então quando teria que ser qualificada como resultado do fato em caso de que a culpabilidade se referisse a ela.

<sup>284</sup> Idem. p. 989.

prescrição da pretensão punitiva decorre do fato de sua ocorrência consistir em um obstáculo intransponível ao seguimento do processo, impedindo em última instância a aplicação a pena, já que esta não se pode efetuar sem a realização de todo o trâmite processual que culmine em sentença condenatória definitiva. Contudo, o mesmo fenômeno não se reproduz no caso da prescrição da pretensão executória, uma vez que nesta modalidade todo o curso processual já foi realizado até o seu final, restando tão somente a responsabilidade e o direito estatal de executar a pena já cominada ao caso concreto pelo processo criminal. Não há que se falar em óbice processual nesse caso, tendo em vista que este já teve seu andamento completo, mas sim, em perda do direito de executar a pena, adquirido por meio do devido processo legal, por parte do Estado, de forma tal que é inafastável o caráter material da prescrição executória.

Todavia, não há que se confundir o posicionamento adotado nesta monografia com o defendido por aqueles que a enxergam como instituto híbrido. De acordo com tal corrente a prescrição da pretensão punitiva apresentaria concomitantemente uma face processual e outra, material. Assim, se por um lado ela consistiria na extinção da punibilidade, uma vez terem desaparecido as razões que justificavam a pena, por outro estaria claro seu caráter de impedimento processual. Contudo, não parece ser essa a visão mais apropriada, tendo-se em vista que a punibilidade somente é extinta em um segundo momento, em consequência de ter sido o processo impedido de seguir seu trâmite normal, ou em alguns casos, de ter sido impedido até mesmo de iniciar<sup>285</sup>.

Feitas essas considerações a respeito das três correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica da prescrição penal, parece interessante lançar agora um rápido olhar sobre a situação de tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4.3 A PRESCRIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Quando se verifica a questão da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, fica patente que o legislador optou por tratá-la como sendo um instituto

---

<sup>285</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 518.

material, uma vez que se encontra englobada no Código Penal, mais especificamente, no título que trata da extinção da punibilidade, em seu artigo 107:

**Art. 107** - Extingue-se a punibilidade:

- I - pela morte do agente;
- II - pela anistia, graça ou indulto;
- III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV - **pela prescrição**, decadência ou perempção;
- V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.<sup>286</sup>

Já os prazos prescricionais da prescrição da pretensão punitiva se encontram regulados pelo artigo 109 do mesmo diploma legal, a saber:

**Art. 109.** A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

- I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.
- VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade<sup>287</sup>.

Já a prescrição executória tem seus prazos computados de acordo com o estipulado no artigo 110 do Código Penal, que disciplina:

**Art. 110** - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial

<sup>286</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Grifo nosso.

<sup>287</sup> Idem.

data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).  
 § 2º (Revogado pela Lei nº 12.234, de 2010)<sup>288</sup>.

Considerando-se que no ordenamento jurídico brasileiro, ambas as modalidades de prescrição são consideradas como de natureza jurídica material, os prazos são contados computando-se o dia de início<sup>289</sup>, nos termos do artigo 10, do Código Penal. Não parece ser este o entendimento mais adequado, no entanto. Considerando-se que a real natureza jurídica da prescrição da pretensão punitiva é processual, o prazo, nesse caso, deveria ser contado obedecendo-se o previsto no artigo 798, §1º, do Código de Processo Penal, ou seja, não se incluiria o dia do começo<sup>290</sup>.

O artigo 111, do Código Penal traz as hipóteses em que a prescrição da pretensão punitiva começa a correr, que são:

**Art. 111** - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal<sup>291</sup>.

Por sua vez, o artigo 112 do referido diploma aventa sobre o início da prescrição da pretensão executória:

**Art. 112** - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)<sup>292</sup>

<sup>288</sup> Idem.

<sup>289</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.* p. 708.

<sup>290</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.* p. 519.

<sup>291</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

<sup>292</sup> Idem.

Importa destacar, ainda, que a prescrição é regulada ainda pelos artigos 113 a 118, todos do Código Penal que tratam, entre outros, das causas de interrupção e de suspensão do prazo prescricional.

Saliente-se, ainda, que no ordenamento jurídico brasileiro a prescrição é tratada como matéria de ordem pública. Nucci<sup>293</sup> afirma que em tais casos, ela deve ser decretada sob provocação das partes ou mesmo de ofício. Segundo ele, trata-se de matéria que impede a análise do mérito, o que pode trazer prejuízos ao agente que, crendo-se inocente, fica impossibilitado de continuar com o processo até uma sentença de absolvição.

Por fim, deve-se atentar para o fato de que, muito embora a prescrição esteja contida no Código Penal, também há disposições no Código de Processo Penal e na legislação especial que a regulam<sup>294</sup>. É o caso do artigo 366, do Código de Processo Penal que determina a suspensão do curso da prescrição da pretensão punitiva sempre quando o réu, citado por edital, não comparecer e tampouco constituir defensor.

Analisada a questão da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, em que se constatou o fato de que a ela, em qualquer de suas modalidades, é atribuída a natureza material, diferentemente do sustentado neste estudo em que se aponta o caráter material da prescrição da pretensão executória e o caráter processual da prescrição da pretensão punitiva, passa-se agora à análise da jurisprudência, com o intuito de observar se tal fenômeno se reproduz.

#### 4.4 A PRESCRIÇÃO PENAL NO CENÁRIO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

Quanto ao tratamento conferido à prescrição no panorama jurisprudencial brasileiro, não há como negar que o entendimento predominante é por acatar a natureza jurídica do referido instituto, tanto em sua face punitiva como em sua face executória, como sendo material. Verifica-se que na grande maioria dos casos, a prescrição da pretensão punitiva é tratada como causa de extinção da punibilidade, sendo desprezado o seu caráter processual.

---

<sup>293</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral**. p. 594.

<sup>294</sup> DOTI, René Ariel. *Op. Cit.* p. 683.

Corroborar o alegado a seguinte decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, referente ao *Habeas Corpus* nº 82965, em que fica clara a resistência, no cenário jurisprudencial pátrio, em se admitir que a natureza jurídica da prescrição da pretensão punitiva é processual:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Estelionato contra a Previdência Social. Art. 171, § 3º, do CP. Uso de certidão falsa para percepção de benefício. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Diferença do crime permanente. Delito consumado com o recebimento da primeira prestação da pensão indevida. Termo inicial de contagem do prazo prescrito. Inaplicabilidade do art. 111, III, do CP. HC concedido para declaração da extinção da punibilidade. Precedentes. **É crime instantâneo de efeitos permanentes o chamado estelionato contra a Previdência Social (art. 171, § 3º, do Código Penal) e, como tal, consuma-se ao recebimento da primeira prestação do benefício indevido, contando-se daí o prazo de prescrição da pretensão punitiva.** (HC 82965, CEZAR PELUSO, STF)<sup>295</sup> (Grifo nosso).

Conforme se depreende de tal julgado, verifica-se que a prescrição da pretensão punitiva foi considerada como instituto de natureza material, uma vez que seu prazo foi computado incluindo-se o dia do início, ou seja, o da consumação do delito, nos termos do artigo 10 do Código Penal. Além disso, tal modalidade de prescrição foi considerada como causa de extinção da punibilidade e não como óbice à continuidade do processo, novamente evidenciando o posicionamento jurisprudencial no sentido de considerar a prescrição da pretensão punitiva como instituto de natureza material, apesar de seu caráter flagrantemente processual.

Já a decisão do *Habeas Corpus* nº 81150, proferida pelo Supremo Tribunal Federal traz, implícita e acertadamente, a concepção de prescrição da pretensão executória como instituto material:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. SENTENÇA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. 1. A sentença analisou as circunstâncias pessoais do Paciente, o depoimento das testemunhas arroladas pela defesa e a imputação sobre o aspecto fático e jurídico. Respeitou o método trifásico. Falta de fundamentação não caracterizada. 2. O exame da prescrição da pretensão executória é da competência do juízo da execução criminal. Embora não argüido naquele juízo, compete a este tribunal examiná-la. É que a extinção da punibilidade pela prescrição pode ser declarada em qualquer fase do processo pelo Juiz que a reconheceu (CPP, art. 61). A prescrição da pretensão executória verifica-se após o efetivo trânsito em julgado da sentença, para ambas as partes (CP, art. 110). Começa a fluir, entretanto, da data do trânsito em julgado para a acusação (CP, art. 110, § 1º). Regula-se pela pena concretizada na sentença. No caso, a **sentença**

<sup>295</sup> Decisão na íntegra acostada aos anexos.

**condenatória transitou em julgado para o Ministério Público em 14 de outubro de 1997.** Para a defesa, em 13 de janeiro de 1998. **Em 14 de outubro de 1997, o prazo prescricional começou a fluir.** As penas foram unificadas em 25 de fevereiro de 1999, no juízo da execução. Resultou em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção. Ainda não havia fluído o prazo de prescrição da pena concretizada na sentença. Ou seja, 02 (dois) anos (CP, art. 109, inc. VI), já que a pena foi de 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção. Considera-se, doravante, o resultado da soma das penas (dois anos e seis meses de detenção). O prazo prescricional é de 08 (oito) anos (CP, art. 109, inc. IV, c/c art. 110). Esse prazo aumenta-se de 1/3 (um terço) porque o PACIENTE é reincidente (CP, art. 110, § 2º). Em 03 de junho de 1998, interrompeu-se o prazo de prescrição pelo início de cumprimento da pena (CP, art. 117, V). Em 17 de novembro de 1998, o PACIENTE evadiu-se. Nessa circunstância, conta-se a prescrição pelo restante da pena não cumprida, a partir do dia da evasão (CP, art. 113). Ou seja, 02 (dois) anos e 16 (dezesesseis) dias. A prescrição pelo restante da pena continua sendo de 08 (oito) anos (CP, art. 109, IV). O PACIENTE ainda está foragido, apesar de ter endereço certo na cidade de Campinas/SP, de onde vem impetrando Habeas neste Tribunal. O prazo prescricional ainda não fluíu. Habeas conhecido e indeferido. (HC 81150, NELSON JOBIM, STF)<sup>296</sup> [Grifo nosso]

Analisando-se a decisão acima se verifica que o termo inicial da prescrição executória começa a ser marcado a partir do trânsito em julgado para a acusação da sentença condenatória, conforme o estipulado no artigo 112, I, do Código Penal<sup>297</sup>. Dessa forma, caso o entendimento fosse de que a prescrição possui caráter processual, o prazo começaria a correr a partir do dia seguinte ao termo inicial, com fulcro no artigo 798, § 1º, do Código de Processo Penal<sup>298</sup>. Assim, o prazo começaria a ser computado no dia 15 de outubro de 1997. Contudo, no caso em análise, o prazo coincidiu com o termo inicial da prescrição, ou seja, passou a correr do dia 14 de outubro de 1997, mesmo dia em que se operou o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Claro está, portanto, que se computou no prazo o dia do começo, conforme previsão do artigo 10, do Código Penal.

Em que pese o julgado analisado ser antigo, verifica-se que semelhante é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, o que evidencia que a ideia de que a prescrição executória consiste em instituto de natureza jurídica material é matéria relativamente pacífica no Brasil, inclusive no que tange aos tribunais:

HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ENTORPECENTES. SEMI-IMPUTÁVEL. CONDENAÇÃO SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA CALCULADA COM BASE NA PENA EM CONCRETO. OCORRÊNCIA. 1. A medida de segurança uma

<sup>296</sup> Decisão na íntegra acostada aos anexos.

<sup>297</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

<sup>298</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

espécie do gênero sanção penal, se sujeitando, pois, à regra contida no artigo 109 do Código Penal. Assim, "aos que tenham sido impostas medidas de segurança, podem se furtar a elas quando houver qualquer causa extintiva de punibilidade, como a prescrição com base na pena em abstrato no caso de absolvição por inimizabilidade, ou da pena em concreto quando se tratar de medida de segurança substitutiva no caso dos semi-imputáveis." (in CÓDIGO PENAL Interpretado, MIRABETE, Terceira Edição, Ed. Atlas, p. 624). 2. Na hipótese em tela, o Paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 16, da Lei n.º 6.368/76, à pena de 06 (seis) meses de detenção, que restou substituída por medida de segurança de tratamento ambulatorial, em virtude de sua semi-imputabilidade, devendo, assim, para o cálculo da prescrição, ser levado em consideração a pena em concreto. A prescrição da pretensão executória ocorre, dessa forma, em 02 (dois) anos, a teor do disposto no art. 109, VI, c.c. o 110, caput, ambos do Código Penal. 3. Acrescente-se, ainda, que, com o advento da Lei n.º 11.343/2006, o prazo prescricional para a infração prevista no seu art. 28 (antigo art. 16, da Lei n.º 6.368/76), a teor do art. 30, da referida Lei, restou fixado em 02 (dois) anos, tanto para a pretensão punitiva quanto para a executória. 4. Como **o termo inicial para contagem da prescrição teve início no dia 1º/09/2003 (data do trânsito em julgado da condenação - fl. 09)** e não ocorreu qualquer causa interruptiva, evidencia-se o transcurso do biênio prescricional, uma vez que o ora Paciente só veio a ser recolhido no Hospital de Custódia de Franco da Rocha, para o início do cumprimento da medida de segurança, no dia 29/03/2007. 5. Ordem concedida para declarar a extinção da punibilidade estatal quanto ao crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, substituído pelo art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, em face da ocorrência da prescrição executória, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal. (HC 200600149177, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:15/12/2008.) [Grifo nosso]<sup>299</sup>

Novamente torna-se patente o fato de que a prescrição executória foi tratada como tendo natureza jurídica material, uma vez que o prazo passou a correr do dia 1º de setembro de 2003, mesmo dia do trânsito em julgado da sentença, ou seja, computou-se no prazo o dia do início, nos termos do artigo 10, do Código Penal<sup>300</sup>, que regula o prazo material.

Desse modo, conclui-se que no Brasil, tanto no ordenamento jurídico quanto no âmbito jurisprudencial, a prescrição da pretensão executória é tratada conforme a posição defendida nessa pesquisa, a saber, como instituto de natureza material. Contudo, o mesmo não se pode falar da prescrição da pretensão punitiva, uma vez que por mais que estejam evidentes seus prevalentes processuais e que sua natureza jurídica não seja matéria pacífica na doutrina, no cenário jurisprudencial há uma franca tendência para se considerá-la como de natureza jurídica material, denotando-se a pouca aceitação junto aos tribunais pátrios, na atualidade, de seu caráter processual.

<sup>299</sup> Acórdão na íntegra acostado aos anexos.

<sup>300</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

#### 4.5 A ADEQUADA CLASSIFICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA: INSTITUTO PROCESSUAL

Após todas essas considerações a respeito do instituto da prescrição penal, se faz conveniente, neste momento, a sua inclusão no objeto desta monografia. Dessa forma, o que se pretende agora é se definir a natureza jurídica da prescrição da pretensão punitiva com base em todo o estudo desenvolvido ao longo da presente pesquisa.

A primeira visão que se deve desenvolver é a de que a prescrição da pretensão punitiva é um instituto processual, uma vez que constitui um óbice ao desenvolvimento do processo. Conforme destacado nos capítulos anteriores, a regra penal é aquela que dispõe diretamente sobre dada conduta, ao passo que a norma processual penal seria aquela que versaria sobre as questões relativas ao processo por meio do qual as disposições contidas na norma material seriam cumpridas. Para Figueiredo Dias<sup>301</sup>, as normas penais cumprem “a função específica de *proteção* dos bens fundamentais de uma comunidade, que diretamente se prendem com a livre realização da personalidade ética do homem e cuja violação constitui o *crime*”. Em compensação, as normas processuais penais seriam aquelas responsáveis por regular a atividade jurisdicional do Estado, nascida da necessidade de articulação dos poderes deste para a “preservação da esfera de liberdade pessoal dos cidadãos” e, ainda que essa política preventiva funcione da melhor forma possível, para a persecução criminal.

Assim sendo, dúvida não há de que quando a prescrição impede que o processo tramite normalmente, ela está interferindo na regulação processual, sendo, flagrantemente uma norma processual penal, de modo que a extinção da punibilidade ocorrerá apenas em consequência desse fato, uma vez que não pode uma pena ser cominada ao caso concreto sem o devido processo legal. Nesse sentido, assiste razão a Fragoso:

Por outro lado, a prescrição constitui impedimento processual. Em boa verdade, o aspecto processual da prescrição é o mais nítido, sobretudo quando se trata da prescrição da pretensão punitiva. Parece claro que neste último caso desaparece o direito do Estado à persecução: a prescrição

---

<sup>301</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. v. 1. p. 24/25.

constitui um pressuposto negativo, implicando a extinção do processo sem decisão de mérito. Ocorrendo a prescrição antes da sentença, não se julga a ação improcedente. O juiz declara extinta a punibilidade e põe fim ao processo.

No mesmo sentido, Roxin afirma que caso se falte um pressuposto jurídico-material da punibilidade se procederá a absolvição, ao passo que a falta de um pressuposto de procedibilidade culminará no sobrestamento ou arquivamento do feito<sup>302</sup>, como ocorre no caso da prescrição da pretensão punitiva. Zaffaroni e Pierangeli<sup>303</sup> também são incisivos neste ponto ao afirmarem que “quando falta uma condição de punibilidade impõe-se a absolvição; quando falta um requisito de procedibilidade não há processo”.

Ainda que se adote a teoria proposta por Roxin, segundo a qual a norma material consistiria naquela que possuiria conexão direta com a conduta a ser punida, ao passo que a norma processual penal não constituiria vínculo tão próximo com o fato delitivo<sup>304</sup>, verifica-se que a prescrição da pretensão punitiva possui natureza jurídica processual.

Tal fato se dá em razão de não ter a ocorrência dessa modalidade de prescrição ligação direta com a conduta delitiva, o que ocorreria caso, por exemplo, se constatasse a não existência de um dos elementos do tipo. A prescrição diz respeito tão somente à inércia estatal que, em nada está relacionada, ao menos diretamente, ao fato considerado ilícito. Desse modo, mais uma vez resta evidenciado o caráter processual do instituto em comento.

Assim sendo, ainda que os dispositivos legais referentes à prescrição da pretensão punitiva estejam embutidos no seio da codificação penal, não há como ignorar-lhes a essência processual, sendo um claro caso de norma processual contida na legislação material.

---

<sup>302</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.* p. 985.

<sup>303</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Op. Cit.* p. 291.

<sup>304</sup> *Idem.* p. 988/989.

## 5 CONCLUSÃO

As maiores mudanças que sacudiram a humanidade até os dias atuais sempre foram frutos de inconformismos e questionamentos daqueles que não se limitavam a aceitar a realidade como lhes era apresentada, mas antes, buscavam encontrar a essência de tudo que os cercava. No mundo do Direito, as construções jurídicas não foram edificadas de forma diferente. Precedendo cada nova interpretação ou corrente lá estava a inquietação peculiar de quem não aceita interpretar o mundo por outros olhos que não os seus.

Foi buscando compreender desta maneira o Direito que se chegou ao objeto da presente monografia: Como se distinguir uma norma penal de uma norma processual penal? A partir dessa pergunta inicial, procurou-se lançar novas luzes sobre um tema ainda tão nebuloso no universo jurídico. Para isso, buscou-se enfrentar a questão por diversos ângulos, até chegar à conclusão que pareceu a mais apropriada.

Primeiramente, buscou-se na Teoria da Norma os fundamentos para esta empreitada. Assim, foi possível compreender que, em que pese o Direito não possa ser concebido apenas em seu caráter normativo, é impossível traduzi-lo sem, de alguma forma, admitir-se a ideia de norma. Partindo-se desse pressuposto, traçou-se, utilizando-se para isso dos estudos dos mais diversos autores, um conceito de norma jurídica segundo o qual, esta corresponderia a um comando a que se ligaria uma consequência (que na maioria das vezes se representaria na forma de sanção), consistindo em um instituto dotado de imperatividade.

Posteriormente, buscou-se distinguir as normas materiais das normas formais e, dentro desta categoria, das normas processuais. Desse modo conclui-se que as normas jurídicas materiais seriam aquelas que, dotadas de obrigatoriedade, regulariam a conduta humana por meio da imposição de dada ação ou omissão, capazes de gerar direitos e deveres nas relações sociais. As normas formais, por sua vez, corresponderiam àquelas que dispõem sobre outras normas, podendo ser subdivididas em normas de elaboração e normas processuais, estas últimas de especial interesse ao objeto deste trabalho, motivo esse pelo qual também se pincelou sua definição, a saber, seriam as regras que tem como função o zelo pelo bom andamento jurisdicional.

Terminada essa incursão pela Teoria Geral do Direito, os elementos nesta ocasião colhidos foram utilizados para uma objetiva compreensão a respeito de a que corresponderia uma norma penal e uma norma processual penal. Assim, concluiu-se que, embora ambas fossem constituídas por preceito e sanção, se diferenciavam muito em relação a seus respectivos conteúdos imediatos. Nesse viés, a norma penal foi caracterizada como aquela que aponta uma conduta comissiva ou omissiva como ilícita e comina a ela uma pena, enquanto que na norma processual penal foi reconhecido um forte caráter instrumental, responsável por, através da regulação da atividade jurisdicional do Estado, garantir uma maior efetividade das normas penais, acobertando-as com a garantia do devido processo legal.

Destacou-se também, ao longo desta pesquisa, a relevância da diferenciação entre as normas processuais penais e as normas penais. Tal importância se deve ao fato de que ambas as modalidades de normas provocam consequências diferentes no que tange à retroatividade, analogia e aplicação no espaço.

Diante de todas essas considerações, traçou-se, por fim, aquele que pareceu ser o mais adequado critério de distinção. Dessa forma, sustentou-se que além de seus conteúdos imediatos serem diferentes, também suas sanções o eram. Assim, a sanção inerente à norma penal desembocaria em pena, ao passo que a relacionada ao processo penal culminaria em ineficácia do ato processual. Aproveitou-se, então para refutar a ideia recorrente de que a natureza de uma norma pode ser definida de acordo com a codificação em que ela se insere.

Por fim, a título meramente exemplificativo, analisou-se o instituto da prescrição penal e de sua controvertida natureza jurídica. Após um breve passeio pelo tema, defendeu-se o caráter processual da prescrição da pretensão punitiva, uma vez que esta consiste antes em um óbice ao prosseguimento do processo para somente depois desembocar na extinção da punibilidade.

De todo o exposto, conclui-se que por mais obscuro que pareça o assunto, não é uma tarefa impossível desenvolver critérios para a distinção das normas penais e das normas processuais penais. Contudo, esta monografia ainda é muito pouco perto de tudo que se tem por fazer relacionado ao tema. Está mais do que na hora de este assunto ser tratado com a relevância que merece, pois só assim se poderá falar em processo eficiente e em segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: Introdução e Teoria Geral. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis; Elementos de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: Parte Geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. tomo 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil. 3. ed. Madrid: Editorial Reus, 1922.

COSSIO, Carlos. La Teoria Egologica del Derecho y el Concepto Juridico de Libertad. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal: parte geral. t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1984.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 3ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HART, H. L. A.. El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

HESPANHA, Antônio Manuel. O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Barcelona: Editora Ariel S. A., 2001.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. v. 01. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1982.

MARQUES, José Frederico. Elementos do direito processual penal. v. 1. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. v. 3. 1 ed. atual. Campinas: Millennium, 1999.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal.** t. 1. 2. ed. rev. e atual. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.

MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 6. E. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993.

REALE, Miguel. O direito como experiência. São Paulo: Saraiva, 1968.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. t. 1. Madrid: Civitas, 1997.

SALDANHA, Nelson. Teoria do Direito e Crítica Histórica. In: R. Informação Legislativa, a. 22, n.88, out/dez., 1985.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral. 4. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal. v. 1. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 1. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Manual de Derecho Penal: parte general. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. v. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

**ANEXOS**

ANEXO 1 – HABEAS CORPUS 82965-1 / STF.....	105
ANEXO 2 - HABEAS CORPUS 81150-7 /STF .....	117
ANEXO 3 – HABEAS CORPUS 200600149177 / STJ .....	130

HABEAS CORPUS

82965-1 / STF

*Supremo Tribunal Federal***620**

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência  
 DJE nº 055 Divulgação 27/03/2008 Publicação 28/03/2008  
 Ementário nº 2312 - 4

12/02/2008

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 82.965-1 RIO GRANDE DO NORTE**

**RELATOR** : **MIN. CEZAR PELUSO**  
**PACIENTE(S)** : FRANCISCO IRANDY FERREIRA GOMES  
**IMPETRANTE(S)** : EMMANUEL PINTO CARNEIRO  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMENTA: AÇÃO PENAL. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Estelionato contra a Previdência Social. Art. 171, § 3º, do CP. Uso de certidão falsa para percepção de benefício. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Diferença do crime permanente. Delito consumado com o recebimento da primeira prestação da pensão indevida. Termo inicial de contagem do prazo prescritivo. Inaplicabilidade do art. 111, III, do CP. HC concedido para declaração da extinção da punibilidade. Precedentes. É crime instantâneo de efeitos permanentes o chamado estelionato contra a Previdência Social (art. 171, § 3º, do Código Penal) e, como tal, consuma-se ao recebimento da primeira prestação do benefício indevido, contando-se daí o prazo de prescrição da pretensão punitiva.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro GILMAR MENDES, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir a ordem. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros CELSO DE MELLO e JOAQUIM BARBOSA.

Brasília, 12 de fevereiro de 2008.



Ministro **CEZAR PELUSO**  
 Relator



12/02/2008

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 82.965-1 RIO GRANDE DO NORTE**

**RELATOR** : **MIN. CEZAR PELUSO**  
**PACIENTE(S)** : FRANCISCO IRANDY FERREIRA GOMES  
**IMPETRANTE(S)** : EMMANUEL PINTO CARNEIRO  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):** 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FRANCISCO IRANDY FERREIRA GOMES, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o **RHC nº 12.992**, com idêntico objeto deste *habeas corpus*, negou provimento ao recurso.

O paciente foi denunciado, juntamente com JOSÉ SANTIAGO DA SILVA, JETRO TEODÓSIO DA SILVA, GERALDO XAVIER DE MEDEIROS, FRANCISCO DAS CHAGAS FERREIRA GOMES, MARIA ANA DE JESUS E JOSÉ NILSON RODRIGUES, pela prática do delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, por ter figurado como testemunha no registro de óbito de Severino Vieira Sobrinho, no 2º Cartório Judiciário da 1ª Zona da comarca de Mossoró-RN, em 1º de novembro de 1985. Consta da denúncia que, com esse documento, a denunciada MARIA ANA DE JESUS requereu benefício previdenciário junto ao INSS e, a **partir de novembro de 1985**, passou a receber pensão por morte. Em 1994, a auditoria estadual do INSS descobriu a existência do benefício previdenciário concedido irregularmente, o qual deixou de ser pago em agosto de 1994.



*Supremo Tribunal Federal* **622**

HC 82.965 / RN

A denúncia foi recebida em **10 de novembro de 1997** (fl. 25).

Alega o impetrante que, em razão de o paciente, à época dos fatos – 1985 –, ser menor de 21 (vinte e um) anos, transcorreu, entre a data do fato e o recebimento da denúncia, lapso temporal suficiente para extinguir-lhe a punibilidade.

Já na defesa-prévia, o patrono requereu fosse esta declarada extinta (fls. 28-35), mas o juízo indeferiu o pedido, sob argumento de que o crime imputado – art. 171, § 3º, do Código Penal – é permanente e, portanto, à cessação da permanência, em 1994, o paciente já contava com mais de 21 (vinte e um) anos (fls. 39-41).

Sob o mesmo fundamento, a defesa impetrou pedido de *habeas corpus* ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região (fls. 42-47), o qual, por maioria, denegou a ordem (fls. 51-68).

A defesa recorreu ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 69-87), mas este negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“PENAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. (ART. 171, § 3º, DO CP). CRIME PERMANENTE. CONTAGEM DO LAPSO PRESCRICIONAL A PARTIR DA CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA, *IN CASU*.”

A prática da fraude para obtenção de benefício previdenciário de forma sucessiva, com recebimento de prestações periódicas, indica a natureza permanente de ação delituosa, devendo o termo inicial do prazo prescricional contar-se da cessação da permanência, ou seja, da data da interrupção do recebimento das prestações (art. 111, III, do CP).

Recurso desprovido. Prejudicado o HC nº 21.231, por versar sobre matéria e parte idênticas a este recurso” (fl. 15).

É contra esta decisão que se volta o presente pedido.



HC 82.965 / RN

O impetrante requer concessão da ordem, para que seja declarada extinta a punibilidade do paciente em razão da prescrição, sustentando que o delito imputado é instantâneo, e não permanente.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 98-101):

“3. Conforme narra a denúncia, o paciente participou da emissão de falsa declaração de óbito no 2º Cartório Judiciário da 1ª Zona da Comarca de Mossoró/RN, ato que possibilitou a obtenção, junto à previdência social, de pensão rural por morte em favor da suposta viúva Maria Ana de Jesus.

4. Acertado o entendimento do acórdão impugnado, no sentido de que a percepção fraudulenta de prestações periódicas caracteriza a hipótese de delito eventualmente permanente. Assim, o termo inicial da prescrição é contado a partir do momento da cessação da permanência (CP, art. 111-III): *‘nos crimes eventualmente permanentes, o termo inicial da prescrição conta-se a partir da cessação da permanência’* (HC 76.441-SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 30.10.98).

5. Essa também a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça [...].

6. No caso vertente, o termo a quo para a contagem da prescrição iniciou-se com o recebimento do último benefício previdenciário (agosto/94), sendo interrompido pelo recebimento da denúncia em novembro de 1997. A pena em abstrato prevista para o crime do art. 171, § 3º, CP, é de seis anos e oito meses, que prescreve em doze anos (art. 109, III, CP). Incabível a redução do art. 115 do Código Penal (menoridade do agente à época do fato), pois a conduta delitiva prolongou-se até o ano de 1994, quando o paciente já contava com mais de vinte e um anos de idade (fl. 40). Donde se conclui que a prescrição da pretensão punitiva ainda não se consumou.

7. O fato de as prestações mensais terem sido pagas ao segurado, e não ao paciente, não modifica essa conclusão pois, em se tratando de co-autoria, e em decorrência do princípio da comunicabilidade das causas interruptivas, não é possível adotar para um dos co-autores uma causa de interrupção que não se comunique ao outro, salvo nos casos de interrupção pelo início ou continuação do cumprimento da pena e de reincidência (Código Penal art. 117, § 1º).

8. Logo, correto o acórdão impugnado ao assentar que *‘o delito pelo qual o paciente foi denunciado é eventualmente permanente, em que a ação é contínua, inclusível, cuja consumação pode protrair-se no tempo, cessando a*

624

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.965 / RN

*permanência apenas com o recebimento da última prestação do benefício previdenciário obtido fraudulentamente.*

9. Isto posto, opino pelo indeferimento da ordem" (fls. 99-101).

**É o relatório.**



**HC 82.965 / RN****VOI O**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):** 1. Assiste razão ao impetrante.

O paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, por ter figurado como testemunha em certidão de óbito considerada ideologicamente falsa, a qual serviu de subsídio para que co-ré obtivesse benefício de pensão por morte.

Cuida a imputação, a meu ver, de crime instantâneo, de resultado permanente.

2. É o momento da consumação do delito que lhe dita o caráter instantâneo ou permanente.

No *crime instantâneo*, o fato que, reproduzindo o tipo, consuma o delito, realiza-se num só instante e neste se esgota, podendo a situação criada prolongar-se no tempo, ou não. No *permanente*, o momento de consumação é que se prolonga por período mais ou menos dilatado, durante o qual se encontra ainda em estado de consumação.

Não se deve, pois, confundir a execução mesma do crime com a sua conseqüência: esta, como a situação criada pela conduta delituosa, pode prolongar-se depois da consumação instantânea, mas, aí, o que dura – e, como tal, se diz permanente – não é o delito, mas seu efeito. É esta, aliás, a clara razão por que, neste caso, em que perdura só a conseqüência, se tem o



HC 82.965 / RN

chamado *crime instantâneo de efeito permanente*, que difere do *crime permanente*, porque, neste, é o próprio momento consumativo, e não o efeito da ação, que persiste no tempo:

“Pode a situação por ele [*crime instantâneo*] criada prolongar-se depois da consumação, como acontece no furto. Mas aí o que é permanente é o efeito, não a fase da consumação. Fala-se, então, em *crime instantâneo de efeito permanente*”.<sup>1</sup>

Nota característica do *crime permanente* é a possibilidade de o agente fazer cessar, a qualquer tempo, a atividade delituosa, porque o estado de consumação persiste e continua indefinidamente, até que ato do agente ou outra circunstância a faça cessar.<sup>2</sup> No caso de *crime instantâneo*, ainda que de efeitos permanentes, a consumação ocorre em determinado instante, após o qual já não pode fazê-la cessar o agente.

3. É o caso dos autos.

O delito imputado ao paciente – estelionato, com a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal – consumou-se com a concessão da aposentadoria, em novembro de 1985. Nesse instante, reuniram-se todos os elementos do tipo – emprego de meio fraudulento, induzimento em erro, vantagem ilícita e prejuízo alheio –, realizando-se, de forma perfeita, a figura típica descrita no art. 171 do Código Penal, com a causa de aumento prevista no § 3º.

<sup>1</sup> ANÍBAL BRUNO. *Direito penal*. Parte Geral. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 220.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 221.



*Supremo Tribunal Federal* **627**

HC 82.965 / RN

Os fatos sucessivos, ou seja, os recebimentos do benefício previdenciário mês a mês, poderiam, em tese, se os houvesse descrito ou narrado a denúncia, configurar crimes autônomos de estelionato, concatenados em concurso formal,<sup>3</sup> ou em continuidade delitiva,<sup>4</sup> pois terá a co-ré realizado, a cada mês, outra ação, agora já não induzindo, mas, sim, mantendo em erro a Seguridade Social, para receber a pensão indevida.

Trata-se, pois, de crime instantâneo, donde a não incidência do art. 111, inc. III, do Código Penal. Assim, aliás, o entende a doutrina:

“Discute-se sobre a possibilidade de o estelionato apresentar-se, excepcionalmente, como *crime permanente*, em especial no caso da utilização de certidões falsas para o recebimento de benefícios do INSS. Com acerto, no entanto, o Ministro Marco Aurélio concebeu-o como crime *instantâneo com efeitos permanentes*. Em nossa concepção, com efeito, essa é a orientação correta, ou seja, via de regra o estelionato pode apresentar-se como crime instantâneo de efeitos permanentes e, na hipótese de repetição, quer com a *utilização de certidões falsas* perante o INSS, quer com o *recebimento dos proventos*, caracteriza-se somente *crime continuado*: repetição de ação não se confunde com *permanência*, a despeito do entendimento adotado pelo STJ no acórdão citado”<sup>5</sup>.

“No estelionato previdenciário (fraude na obtenção de benefício dessa natureza) a lesão ao bem jurídico (patrimônio do INSS) não se

<sup>3</sup> “O recebimento reiterado de parcelas previdenciárias indevidas produz vários resultados jurídicos (vários recebimentos ilícitos), porém, decorrentes não da realização de diversas condutas autônomas *ex ante* dotadas de periculosidade, senão de uma só. Com uma conduta só o agente produz vários resultados jurídicos. Isso é o que chamamos de *concurso formal de crimes* (CP, art. 70). Impossível vislumbrar-se, na hipótese o crime continuado, justamente porque sua primeira exigência é a pluralidade de condutas (CP, art. 71), que não está presente no recebimento continuado de benefícios previdenciários” (LUIZ FLÁVIO GOMES. *Estelionato previdenciário: crime instantâneo ou permanente? Crime único, continuado ou concurso formal?* Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8991>>).

<sup>4</sup> “Na hipótese de repetição, que com a *utilização de certidões falsas* perante o INSS, quer com o *recebimento dos proventos*, caracteriza-se somente *crime continuado*: repetição de ação não se confunde com *permanência* [...]” (BITENCOURT, CEZAR. *Tratado de Direito Penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, p. 290).

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar. *Tratado...*, op. cit., p. 290.

*[Handwritten signature]*

HC 82.965 / RN

prolonga continuamente (sem interrupção) no tempo. Trata-se de lesão instantânea”.<sup>6</sup>

E a decisão do Superior Tribunal de Justiça colide com orientação adotada, em parte, por esta Corte, como se vê ao julgamento do HC nº 84.998 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 16.09.2005), onde acompanhei o voto do Ministro Relator, ao julgar hipótese de estelionato praticado contra a Previdência Social:

“PRESCRIÇÃO - APOSENTADORIA - FRAUDE PERPETRADA - CRIME INSTANTÂNEO DE RESULTADOS PERMANENTES *VERSUS* CRIME PERMANENTE - DADOS FALSOS. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmutando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos - artigo 111, inciso III, do Código Penal. Precedentes: Habeas Corpus nºs 75.053-2/SP, 79.744-0/SP e Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83.446-9/RS, por mim relatados perante a Segunda Turma - os dois primeiros - e a Primeira Turma - o último -, cujos acórdãos foram publicados no Diário da Justiça de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002 e de 28 de novembro de 2003, respectivamente” (HC nº 84.998, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 16.09.2005)

E, mais recentemente, em precedentes de que fui Relator, lê-se:

“AÇÃO PENAL. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Estelionato contra a Previdência Social. Art. 171, § 3º, do CP. Uso de certidão falsa para percepção de benefício. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Diferença do crime permanente. Delito consumado com o recebimento da primeira prestação do adicional indevido. Termo inicial de contagem do prazo prescricional. Inaplicabilidade do art. 111, III, do CP. HC concedido para declaração da extinção da punibilidade. Precedentes. É crime instantâneo de efeitos permanentes o chamado estelionato contra a Previdência Social (art. 171, § 3º, do Código Penal) e, como tal, consuma-

<sup>6</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Estelionato previdenciário...*, op. cit.

**HC 82.965 / RN**

se ao recebimento da primeira prestação do benefício indevido, contando-se daí o prazo de prescrição da pretensão punitiva” (HC 90.684, Rel. Min. **CEZAR PELUSO**, DJ de 14.09.2007; HC nº 85.601, Rel. Min. **CEZAR PELUSO**, DJ de 30.11.2007).

O caso *sub iudice* merece idêntico tratamento.

4. O prazo de prescrição em abstrato do delito imputado ao paciente é de 12 (doze) anos, de acordo com o disposto no art. 109, inc. III, do Código Penal. No caso, em razão de o paciente ter, à época dos fatos, 20 anos (fl. 133), tal prazo é reduzido da metade, ou seja, de 6 (seis) anos.

Assim, quando a denúncia foi recebida, em 11 de novembro de 1997, a pretensão punitiva já havia sido fulminada pela prescrição em abstrato, porque, entre a data da consumação do delito, ocorrida em novembro de 1985 (art. 111, inc. I, do Código Penal), e a causa interruptiva da prescrição (art. 117, inc. I, do Código Penal), já se tinha, em muito, esgotado *in albis* o prazo de 6 (anos) anos (arts. 109, inc. III, e art. 115, ambos do Código Penal).

5. Ante o exposto, **concedo a ordem**, para declarar extinta a punibilidade do paciente, à vista da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do disposto no art. 107, inc. IV, do Código Penal.



Ministro **CEZAR PELUSO**  
Relator

630

*Supremo Tribunal Federal*

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 82.965-1

PROCED.: RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO

PACTE.(S): FRANCISCO IRANDY FERREIRA GOMES

IMPTE.(S): EMMANUEL PINTO CARNEIRO

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Deferida a ordem. Decisão unânime. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 12.02.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador

HABEAS CORPUS

81150-7 / STF

*Supremo Tribunal Federal***284**

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J.04.04.2003

EMENTÁRIO Nº 2105-2

SEGUNDA TURMA

04/09/2001

**HABEAS CORPUS 81.150-7 MINAS GERAIS**

**RELATOR : MIN. NELSON JOBIM**  
**PACIENTE : MAURÍCIO RAMOS THOMAZ**  
**IMPETRANTE: MAURÍCIO RAMOS THOMAZ**  
**COATOR : RELATOR DO HC Nº 13836 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. SENTENÇA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.**

1. A sentença analisou as circunstâncias pessoais do Paciente, o depoimento das testemunhas arroladas pela defesa e a imputação sobre o aspecto fático e jurídico.

Respeitou o método trifásico.

Falta de fundamentação não caracterizada.

2. O exame da prescrição da pretensão executória é da competência do juízo da execução criminal.

Embora não argüido naquele juízo, compete a este tribunal examiná-la.

É que a extinção da punibilidade pela prescrição pode ser declarada em qualquer fase do processo pelo Juiz que a reconheceu (CPP, art. 61).

A prescrição da pretensão executória verifica-se após o efetivo trânsito em julgado da sentença, para ambas as partes (CP, art. 110).

Começa a fluir, entretanto, da data do trânsito em julgado para a acusação (CP, art. 110, § 1º).

Regula-se pela pena concretizada na sentença.

No caso, a sentença condenatória transitou em julgado para o Ministério Público em 14 de outubro de 1997.

Para a defesa, em 13 de janeiro de 1998.

Em 14 de outubro de 1997, o prazo prescricional começou a fluir.

As penas foram unificadas em 25 de fevereiro de 1999, no juízo da execução.

Resultou em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção.

Ainda não havia fluído o prazo de prescrição da pena concretizada na sentença.

Ou seja, 02 (dois) anos (CP, art. 109, inc. VI), já que a pena foi de 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

Considera-se, doravante, o resultado da soma das penas (dois anos e seis meses de detenção).

O prazo prescricional é de 08 (oito) anos (CP, art. 109, inc. IV, c/c art. 110).

Esse prazo aumenta-se de 1/3 (um terço) porque o PACIENTE é reincidente (CP, art. 110, § 2º).



*Jobim*

*Supremo Tribunal Federal.***285**

Em 03 de junho de 1998, interrompeu-se o prazo de prescrição pelo início de cumprimento da pena (CP. art. 117, V).

Em 17 de novembro de 1998, o PACIENTE evadiu-se.

Nessa circunstância, conta-se a prescrição pelo restante da pena não cumprida, a partir do dia da evasão (CP. art. 113).

Ou seja, 02 (dois) anos e 16 (dezesesseis) dias.

A prescrição pelo restante da pena continua sendo de 08 (oito) anos (CP, art. 109, IV).

O PACIENTE ainda está foragido, apesar de ter endereço certo na cidade de Campinas/SP, de onde vem impetrando Habeas neste Tribunal.

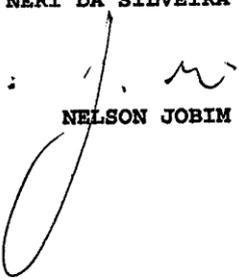
O prazo prescricional ainda não fluiu.  
Habeas conhecido e indeferido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de Julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em conhecer do Habeas e indeferi-lo.

Brasília, 04 de setembro de 2.001.

**NÉRI DA SILVEIRA** - Presidente

  
**NELSON JOBIM** - Relator

*Supremo Tribunal Federal*

286

04/09/2001

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 81.150-7 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. NELSON JOBIM  
 PACIENTE : MAURÍCIO RAMOS THOMAZ  
 IMPETRANTE : MAURÍCIO RAMOS THOMAZ  
 COATOR : RELATOR DO HC Nº 13836 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Relator):**

O PACIENTE foi condenado por crime de difamação veiculada por meio do "Jornal da Região", na cidade de Guaxupé/MG (L. 5.250/67 art. 21<sup>1</sup>; fls. 06/08).

A pena foi de 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção e multa de 6,66 salários-mínimos (Ação Penal 206/96; fls. 08).

O regime foi o semi-aberto (fls. 08).

Em 13 de janeiro de 1998, a sentença transitou em julgado (fls. 13).

Em 09 de fevereiro de 1998, foi expedido mandado de prisão (fls. 13).

Em 03 de junho de 1998, o PACIENTE foi preso (fls. 14).

<sup>1</sup> L. 5.250/67:

Art. 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:  
 Pena - detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários mínimos da região.

*Supremo Tribunal Federal***287****HABEAS CORPUS 81.150-7 MINAS GERAIS**

Em 17 de novembro de 1998, após ser autorizado a participar de um curso, evadiu-se (fls. 14).

Em 1º de dezembro de 1998, foi expedido novo mandado de prisão (fls. 14).

Em 25 de fevereiro de 1999, foi procedida a unificação das penas (Processo de Execução Penal nº 079/98; fls. 14).

Lembro à Turma que o PACIENTE, de forma manuscrita, impetrou diversos Habeas no Tribunal de Alçada/MG, sob os mais variados fundamentos.

Eles foram indeferidos (fls. 05).

Da mesma forma, ajuizou, no STJ, mais de 110 (cento e dez) Habeas, insurgindo-se com as decisões do TACrim/MG (fls. 05).

Entre eles o HC 13.836, VICENTE LEAL (fls. 05).

Ele foi indeferido por falta de condições de admissibilidade (fls. 05).

Está no despacho do Relator:

*"Tenho que o writ não reúne as mínimas condições de admissibilidade.*

*O impetrante já ajuizou perante este Superior Tribunal de Justiça mais de 110 (cento e dez) habeas-corpus, insurgindo-se contra as mencionadas condenações. Todos os ângulos daqueles processos já foram analisados e decididos.*

*O impetrante, com sua postura abusiva, não tem demonstrado interesse real na modificação dos julgamentos mencionados.*

*Supremo Tribunal Federal*

288

HABEAS CORPUS 81.150-7 MINAS GERAIS

*Atinge as dimensões do absurdo o ajuizamento de mais de uma centena de habeas-corpus, sem forma processual própria, sem um objetivo específico, numa clara demonstração de se pretender apenas repudiar decisões judiciais que lhe foram desfavoráveis.*

*Assim, o presente habeas-corpus, como tantos outros em curso neste Tribunal, não reúne condições de admissibilidade.*

*Isto posto, com esteio no art. 34, XVIII, do Regimento Interno, nego seguimento ao habeas-corpus." (fls. 05).*

Face a essa decisão o PACIENTE impetrou o presente Habeas.

Alega que se encontra submetido a constrangimento ilegal.

Aduz que o Relator, no STJ, deixou de examinar a questão relevante.

Ela circunscreve-se à omissão da sentença, que deixou de analisar as teses da defesa (fls. 04).

Isso pode levar-lhe à prisão (fls. 04v).

Diz que a pretensão executória já prescreveu (fls. 04v).

O Ministro-Presidente indeferiu o pedido de liminar (fls. 27).

A PGR opinou pelo indeferimento (fls. 47).

É o relatório.

*Supremo Tribunal Federal*

289

**HABEAS CORPUS 81.150-7 MINAS GERAIS****V O T O****O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (Relator):**

O Habeas tem por objetivo anular a sentença que condenou o PACIENTE por crime de difamação.

Analiso os fundamentos.

**1. A falta de fundamentação.**

A sentença que o Habeas visa anular já foi objeto de exame, por alegada falta de fundamentação (HC 80.744).

O mesmo foi indeferido.

A cada Habeas, o PACIENTE alega falta de fundamentação de algum aspecto.

Neste diz que a sentença não examinou as teses da defesa.

A longa petição, redigida em linguagem chula, não esclarece quais teses da defesa deixaram de ser analisadas.

Preocupou-se, mais uma vez, em ofender o Relator do Habeas, Min. VICENTE LEAL.

Analiso.

A sentença não pode ser maculada de desfundamentação.

*Supremo Tribunal Federal***290****HABEAS CORPUS 81.150-7 MINAS GERAIS**

Ela reconheceu que o PACIENTE é réu confesso.

Analizou o depoimento das testemunhas arroladas pelo PACIENTE.

Examinou a imputação sobre o aspecto fático e jurídico.

Citou doutrina de MAGALHÃES NORONHA e DARCY ARRUDA MIRANDA.

Concluiu pela condenação.

Analizou as circunstâncias pessoais do PACIENTE (CP. art. 59<sup>2</sup>).

Fixou-lhe a pena-base.

Procedeu aos aumentos legais.

Respeitou, portanto, o método trifásico.

Nulidade não caracterizada.

**2. A prescrição da pretensão executória.**

O exame da prescrição da pretensão executória é da competência do Juízo da Execução Criminal.

O PACIENTE não a suscitou naquele juízo.

<sup>2</sup> CP:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

**HABEAS CORPUS 81.150-7 MINAS GERAIS**

Apesar disso, cabe a este Tribunal examiná-la.

Ocorre que a extinção da punibilidade pela prescrição pode ser declarada em qualquer fase do processo pelo Juiz que a reconheceu (CPP, art. 61<sup>3</sup>).

Precedente no STJ: RESP 432, COSTA LIMA.

Inclusive, de ofício (CPP, art. 61).

Diante disso, analiso.

A prescrição da pretensão executória verifica-se após o efetivo trânsito em julgado da sentença, para ambas as partes (CP, art. 110<sup>4</sup>).

Começa a fluir, entretanto, da data do trânsito em julgado para a acusação (CP, art. 110, § 1<sup>o</sup><sup>5</sup>).

Regula-se pela pena concretizada na sentença.

Produz apenas o efeito de extinguir a pena.

---

<sup>3</sup> CPP:

Art. 61 - Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

<sup>4</sup> CP:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

<sup>5</sup> CP:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1<sup>o</sup> - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

*Supremo Tribunal Federal***292****HABEAS CORPUS 81.150-7 MINAS GERAIS**

O Estado perde o direito de executá-la.

Subsistem as demais conseqüências da condenação.

No caso, a sentença condenatória transitou em julgado para o Ministério Público em 14 de outubro de 1997 (fls. 13)

Para a defesa, em 13 de janeiro de 1998 (fls. 13).

Em 14 de outubro de 1997, o prazo prescricional começou a fluir.

As penas foram unificadas em 25 de fevereiro de 1999, no juízo da execução (fls. 14).

Resultou em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção (fls. 14).

Ainda não havia fluído o prazo de prescrição da pena concretizada na sentença.

Ou seja, 02 (dois) anos (CP, art. 109, inc. VI), já que a pena foi de 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção (fls. 08).

Considera-se, doravante, o resultado da soma das penas (dois anos e seis meses de detenção; fls.14).

Nesse sentido, leio MIRABETE:

"... unificar significa 'reunir em um todo em um só corpo, tornar uno' (Novo Dicionário Aurélio), o que só pode levar à conclusão de que, após a unificação, haverá somente uma

**HABEAS CORPUS 81.150-7 MINAS GERAIS**

*pena a ser cumprida e sobre a qual se baseiam os benefícios no que tangem à sua duração...*<sup>6</sup>

O prazo prescricional é de 08 (oito) anos (CP. art. 109, inc. IV<sup>7</sup>, c/c art. 110<sup>8</sup>).

Esse prazo aumenta-se de 1/3 (um terço) porque o PACIENTE é reincidente (CP, art. 110, § 2<sup>9</sup>).

Em 03 de junho de 1998, interrompeu-se o prazo de prescrição pelo início de cumprimento da pena (CP. art. 117, V<sup>10</sup>; fls. 14).

Em 17 de novembro de 1998, o PACIENTE evadiu-se.

Nessa circunstância, conta-se a prescrição pelo restante da pena não cumprida, a partir do dia da evasão (CP. art. 113<sup>11</sup>).

<sup>6</sup> EXECUÇÃO PENAL, Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84, JULIO FABBRINI MIRABETE, 6ª ed. Ed. Atlas S.A, pp. 174/175.

<sup>7</sup> CP:

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos parágrafos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

.....  
IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

<sup>8</sup> CP:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

<sup>9</sup> CP:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

.....  
§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

<sup>10</sup> CP:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

.....  
V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

**HABEAS CORPUS 81.150-7 MINAS GERAIS**

Ou seja, 02 (dois) anos e 16 (dezesesseis) dias.

A prescrição pelo restante da pena continua sendo de 08 (oito) anos (CP, art. 109, IV).

O PACIENTE ainda está foragido, apesar de ter endereço certo na cidade de Campinas/SP, de onde vem impetrando Habeas neste Tribunal.

O prazo prescricional ainda não fluiu.

**3. A decisão.**

Conheço do Habeas e o indefiro.

---

<sup>11</sup> CP:

Art.113 - No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.

*Supremo Tribunal Federal*

295

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 81.150-7

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. NELSON JOBIM

PACTE. : MAURÍCIO RAMOS THOMAZ

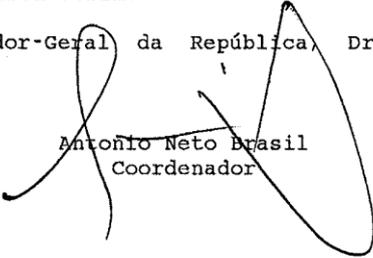
IMPTE. : MAURÍCIO RAMOS THOMAZ

COATOR : RELATOR DO HC Nº 13836 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Por unanimidade, a Turma indeferiu o habeas corpus. 2ª. Turma, 04.09.2001.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. João Batista de Almeida.



Antônio Neto Brasil  
Coordenador

HABEAS CORPUS  
200600149177 / STJ

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 53.170 - SP (2006/0014917-7)**

**RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ**

**IMPETRANTE : MARIA BENEVIDES SOARES - PROCURADORIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PACIENTE : ORLANDO MASTRANGE FILHO**

## **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* . PENAL. USO DE ENTORPECENTES. SEMI-IMPUTÁVEL. CONDENAÇÃO SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA CALCULADA COM BASE NA PENA EM CONCRETO. OCORRÊNCIA.

1. A medida de segurança uma espécie do gênero sanção penal, se sujeitando, pois, à regra contida no artigo 109 do Código Penal. Assim, "*aos que tenham sido impostas medidas de segurança, podem se furtar a elas quando houver qualquer causa extintiva de punibilidade, como a prescrição com base na pena em abstrato no caso de absolvição por inimputabilidade, ou da pena em concreto quando se tratar de medida de segurança substitutiva no caso dos semi-imputáveis.*" (in CÓDIGO PENAL Interpretado, MIRABETE, Terceira Edição, Ed. Atlas, p. 624).

2. Na hipótese em tela, o Paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 16, da Lei n.º 6.368/76, à pena de 06 (seis) meses de detenção, que restou substituída por medida de segurança de tratamento ambulatorial, em virtude de sua semi-imputabilidade, devendo, assim, para o cálculo da prescrição, ser levado em consideração a pena em concreto. A prescrição da pretensão executória ocorre, dessa forma, em 02 (dois) anos, a teor do disposto no art. 109, VI, c.c. o 110, *caput*, ambos do Código Penal.

3. Acrescente-se, ainda, que, com o advento da Lei n.º 11.343/2006, o prazo prescricional para a infração prevista no seu art. 28 (antigo art. 16, da Lei n.º 6.368/76), a teor do art. 30, da referida Lei, restou fixado em 02 (dois) anos, tanto para a pretensão punitiva quanto para a executória.

4. Como o termo inicial para contagem da prescrição teve início no dia 1º/09/2003 (data do trânsito em julgado da condenação - fl. 09) e não ocorreu qualquer causa interruptiva, evidencia-se o transcurso do biênio prescricional, uma vez que o ora Paciente só veio a ser recolhido no Hospital de Custódia de Franco da Rocha, para o início do cumprimento da medida de segurança, no dia 29/03/2007.

5. Ordem concedida para declarar a extinção da punibilidade estatal quanto ao crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, substituído pelo art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, em face da ocorrência da prescrição executória, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra.

# Superior Tribunal de Justiça

Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

PRESENTE NA TRIBUNA: DR. RAFAEL RAMIA MUNERATTI (P/PACTE)  
Brasília (DF), 20 de novembro de 2008(Data do Julgamento)  
MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora

# Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 53.170 - SP (2006/0014917-7)

## RELATÓRIO

### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ORLANDO MASTRANGE FILHO, apontando-se como Autoridade Coatora a 6ª Câmara Ordinária do 3º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Informa a Impetrante que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção, pela prática do crime previsto no art. 16, da Lei 6.368/76, tendo a pena privativa de liberdade, em razão do reconhecimento da semi-imputabilidade, sido substituída por medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial.

Relata, mais, que, em razão da não comprovação do tratamento ambulatorial pelo Paciente, foi requerido pelo Ministério Público a sua conversão em internação, ocasião em que foi alegado pela Defesa a prescrição da pretensão executória, "*eis que fôra imposta pena de seis meses, não executada havia mais de dois anos da data do trânsito em julgado para a acusação*" (fl. 03).

Diz a Impetrante, ainda, que o MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais afastou a alegação de prescrição e acolheu o pedido ministerial para converter o tratamento ambulatorial em internação, o que ensejou a impetração do *habeas corpus* originário, junto ao Tribunal de Justiça.

A ordem, contudo, foi denegada nos termos da ementa a seguir transcrita, *in verbis* :

*"HABEAS CORPUS'. MEDIDA DE SEGURANÇA APLICADA A SEMI-IMPUTÁVEL. ORDEM DE INTERNAÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE POR INEXISTÊNCIA DE LAUDO MÉDICO. ADEMAIS, SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL PELA MEDIDA DE SEGURANÇA, DEVE SER DECRETADA A PRESCRIÇÃO PELA PENA EM CONCRETO. REJEIÇÃO. ORDEM DENEGADA. O JUIZ DA EXECUÇÃO, DIANTE DE INFORME IDÔNEO, PODE DETERMINAR A INTERNAÇÃO DO PACIENTE PARA SUA SEGURANÇA E DA SOCIEDADE. A PRESCRIÇÃO NA MEDIDA DE SEGURANÇA DEVE SER CONTADA PELA PENA MÁXIMA EM ABSTRATO."* (fl. 37)

No presente *writ*, o Impetrante alega, em suma, que da leitura do parágrafo único, do art. 96, do Código Penal, "*segue-se a necessária conclusão da possibilidade de*

# Superior Tribunal de Justiça

*extinção, pela prescrição, da punibilidade decorrente da imposição de medida de segurança"* (fl. 04), e que a prescrição não deveria ser verificada pela pena máxima em abstrato.

Acrescenta, outrossim, que o entendimento de que a prescrição da medida de segurança deve ser aferida pela pena máxima em abstrato cominada só é cabível quando houver absolvição.

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para cassar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade do Paciente.

A liminar pleiteada foi indeferida às fls. 48/49.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa, *litteris* :

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. USO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SEMI-IMPUTABILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO.*

*Se a medida de segurança se insere no gênero sanção penal, do qual figura como espécie, ao lado da pena, no que diz respeito à prescrição, deve ter o mesmo tratamento da pena privativa de liberdade, sujeitando-se aos mesmos prazos e marcos interruptivos previstos no Código Penal.*

*Assim, em havendo absolvição, por reconhecida inimizabilidade, com aplicação de medida de segurança, o prazo prescricional se rege pela pena **in abstrato** . No caso de condenação a pena privativa de liberdade, substituída por medida de segurança, em virtude de reconhecimento de semi-imputabilidade, a prescrição se rege pela pena concretizada na sentença, após seu trânsito em julgado para a acusação.*

*Impossibilidade de exame da prescrição, no caso, à míngua de elementos nos autos.*

*A aferição da cessação da periculosidade se faz no fim do prazo da medida de segurança determinado na sentença (art. 175, da LEP).*

*Dispensável, portanto, a submissão do sentenciado a prévio exame de periculosidade, se o início do cumprimento da medida se deu antes de vencido o prazo mínimo de sua duração, contado da data da sentença que a impôs.*

*Parecer pela denegação da ordem." (fls. 56/57)*

É o relatório.

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 53.170 - SP (2006/0014917-7)**

## **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* . PENAL. USO DE ENTORPECENTES. SEMI-IMPUTÁVEL. CONDENAÇÃO SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA CALCULADA COM BASE NA PENA EM CONCRETO. OCORRÊNCIA.

1. A medida de segurança uma espécie do gênero sanção penal, se sujeitando, pois, à regra contida no artigo 109 do Código Penal. Assim, "*aos que tenham sido impostas medidas de segurança, podem se furtar a elas quando houver qualquer causa extintiva de punibilidade, como a prescrição com base na pena em abstrato no caso de absolvição por inimputabilidade, ou da pena em concreto quando se tratar de medida de segurança substitutiva no caso dos semi-imputáveis.*" (in CÓDIGO PENAL Interpretado, MIRABETE, Terceira Edição, Ed. Atlas, p. 624).

2. Na hipótese em tela, o Paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 16, da Lei n.º 6.368/76, à pena de 06 (seis) meses de detenção, que restou substituída por medida de segurança de tratamento ambulatorial, em virtude de sua semi-imputabilidade, devendo, assim, para o cálculo da prescrição, ser levado em consideração a pena em concreto. A prescrição da pretensão executória ocorre, dessa forma, em 02 (dois) anos, a teor do disposto no art. 109, VI, c.c. o 110, *caput*, ambos do Código Penal.

3. Acrescente-se, ainda, que, com o advento da Lei n.º 11.343/2006, o prazo prescricional para a infração prevista no seu art. 28 (antigo art. 16, da Lei n.º 6.368/76), a teor do art. 30, da referida Lei, restou fixado em 02 (dois) anos, tanto para a pretensão punitiva quanto para a executória.

4. Como o termo inicial para contagem da prescrição teve início no dia 1º/09/2003 (data do trânsito em julgado da condenação - fl. 09) e não ocorreu qualquer causa interruptiva, evidencia-se o transcurso do biênio prescricional, uma vez que o ora Paciente só veio a ser recolhido no Hospital de Custódia de Franco da Rocha, para o início do cumprimento da medida de segurança, no dia 29/03/2007.

5. Ordem concedida para declarar a extinção da punibilidade estatal quanto ao crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, substituído pelo art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, em face da ocorrência da prescrição executória, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

## **VOTO**

### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):**

A discussão do presente *writ* gira em torno da aferição do prazo prescricional da medida de segurança, imposta em decorrência da substituição da pena privativa de liberdade, diante da semi-imputabilidade do réu.

# Superior Tribunal de Justiça

O Impetrante, alega, em suas razões, que a prescrição, nessa hipótese, deve ser aferida, ao contrário do entendimento adotado no acórdão ora hostilizado, pela pena em concreto e não pela máxima em abstrato cominada, que deve ser utilizada somente quando houver absolvição.

A ordem merece concessão.

Primeiramente, cumpre asseverar ser a medida de segurança uma espécie do gênero sanção penal, se sujeitando, pois, à regra contida no artigo 109 do Código Penal.

Assim, conforme lição apresentada por Mirabete, "*aos que tenham sido impostas medidas de segurança, podem se furtar a elas quando houver qualquer causa extintiva de punibilidade, como a prescrição com base na pena em abstrato no caso de absolvição por inimizabilidade, ou da pena em concreto quando se tratar de medida de segurança substitutiva no caso dos semi-imputáveis.*" (in CÓDIGO PENAL Interpretado, Terceira Edição, Ed. Atlas, p. 624).

Tal situação, aliás, encontra-se bem ressaltada no parecer ministerial:

*"O Código Penal não cuida expressamente da prescrição executória da medida de segurança. Todavia, segundo dicção do art. 96, parágrafo único, do Código Repressivo, extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta. Ressai, daí, que ocorrendo qualquer das causas extintivas da punibilidade, previstas no art. 107, do Código Penal, ou em lei especial, impõe-se a inexecução da medida de segurança.*

*Obviamente, ocorrendo prescrição, que é uma das causas de extinção da punibilidade, há de se reconhecer a impossibilidade de se executar a medida de segurança.*

*De outro lado, se a medida de segurança se insere no gênero sanção penal, do qual figura como espécie, ao lado da pena, no que diz respeito à prescrição, deve ter o mesmo tratamento da pena privativa de liberdade, havendo de ser respeitados os prazos e diversos marcos interruptivos previstos no Código Penal.*

*Assim, se absolutória a sentença, por reconhecimento da inimputabilidade do réu, o prazo prescricional se rege pela pena **in abstrato** cominada ao crime.*

[...]

*Todavia, se o réu foi considerado semi-imputável, recebendo, pois, condenação, com substituição da pena privativa de liberdade imposta na sentença, por medida de segurança, penso que a quantidade daquela é que irá regular o prazo prescricional, após transitada em julgado a sentença condenatória." (fls. 59/62)*

No mesmo sentido:

# Superior Tribunal de Justiça

*"HABEAS CORPUS. DELITO PREVISTO NO ART. 49 DA LEI 9.605/98. PACIENTE INIMPUTÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA POR PRAZO INDETERMINADO. PRESCRIÇÃO PELA PENA MÁXIMA COMINADA EM ABSTRATO. ORDEM CONCEDIDA.*

*1. "A medida de segurança é espécie do gênero sanção penal e se sujeita, por isso mesmo, à regra contida no artigo 109 do Código Penal"; portanto, passível de ser extinta pela prescrição.*

*2. Por não haver uma condenação ao se aplicar a medida de segurança ao inimputável, a prescrição é contada pelo máximo da pena cominada em abstrato pelo preceito secundário do tipo, no caso 1 (um) ano.*

*3. A sentença que aplica medida de segurança, por ser absolutória, não tem o condão de interromper o curso do prazo prescricional, nos termos do inc. IV do art. 117 do Código Penal.*

*4. Na hipótese, transcorridos mais de 4 (quatro) anos, de acordo com o art. 109, V, do CP, entre o recebimento da denúncia em 19/9/02 e a presente data, está prescrita a pretensão executória estatal.*

*5. Ordem concedida para declarar a prescrição da pretensão executória estatal." (HC 48.993/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 05/11/2007 p. 296)*

Na hipótese em tela, o Paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 16, da Lei n.º 6.368/76, à pena de 06 (seis) meses de detenção, que restou substituída por medida de segurança de tratamento ambulatorial, em virtude de sua semi-imputabilidade, devendo, assim, para o cálculo da prescrição, ser levado em consideração a pena em concreto. A prescrição da pretensão executória ocorre, dessa forma, em 02 (dois) anos, a teor do disposto no art. 109, VI, c.c. o 110, *caput*, ambos do Código Penal. Cumpre, inclusive, ressaltar que, ainda que a pena em concreto fosse mais elevada, ainda assim o prazo prescricional deveria ser mantido em 02 (dois) anos, pois, com o advento da nova Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006), foi esse o prazo prescricional estabelecido, tanto para a pretensão punitiva quanto para a executória, para a infração prevista no seu art. 28 (antigo art. 16, da Lei n.º 6.368/76), consoante dispõe o seu art. 30, *in verbis*:

*"Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal."*

Em sendo assim, como o termo inicial para contagem da prescrição teve início no dia 1º/09/2003 (data do trânsito em julgado da condenação - fl. 09) e não ocorreu qualquer causa interruptiva, evidencia-se o transcurso do biênio prescricional, uma vez que o ora Paciente, em razão de sua não submissão ao tratamento ambulatorial, o que acarretou a

# Superior Tribunal de Justiça

imposição da medida de internação, em sentença prolatada aos 22/03/2005, só veio a ser recolhido no Hospital de Custódia de Franco da Rocha, para o início do cumprimento da medida de segurança, no dia 29/03/2007 (cf. certidão do Juízo da 5ª vara das Execuções Criminas do Estado de São Paulo, que faço juntar aos autos). Ante o exposto, **CONCEDO A ORDEM** para declarar a extinção da punibilidade estatal quanto ao crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, substituído pelo art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, em face da ocorrência da prescrição executória, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

É como voto.

**MINISTRA LAURITA VAZ**

Relatora

# Superior Tribunal de Justiça

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2006/0014917-7 HC 53170 / SP  
MATÉRIA CRIMINAL  
Números Origem: 4053243 91002001  
EM MESA JULGADO: 20/11/2008

### Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**  
Presidente da Sessão  
Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**  
Subprocuradora-Geral da República  
Exma. Sra. Dra. **MARIA DO SOCORRO LEITE DE PAIVA**  
Secretário  
Bel. **LAURO ROCHA REIS**

### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA BENEVIDES SOARES - PROCURADORIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : ORLANDO MASTRANGE FILHO  
ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes (Lei 6.368/76 e DL 78.992/76) - Uso

### SUSTENTAÇÃO ORAL

PRESENTE NA TRIBUNA: DR. RAFAEL RAMIA MUNERATTI (P/ PACTE)

### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 20 de novembro de 2008

**LAURO ROCHA REIS**

Secretário