

APLICAÇÃO TEMPERADA DO ART. 2º, CPP, EM RELAÇÃO À LEI Nº 11.719/08

Quando a instrução processual, no caso concreto, já teve início, *v.g.*, tendo já sido ouvida ao menos uma testemunha arrolada pela acusação na denúncia, verifica-se que a prova testemunhal já não se encontra em sua nascente.

Dessa feita, a aplicação da regra do art. 2º do Código de Processo Penal em relação às disposições da Lei nº 11.719/08 que entrou em vigor em 22/08/2008, alterou diversos dispositivos do Diploma Adjetivo Penal Pátrio e que contém regras processuais puras e processuais-materiais, merece ser feita, porém, com temperamentos.

Assim, uma das reservas que é digna de atenção no aplicar do art. 2º, CPP, para imposição da reforma do Código de Processo Penal trazida pela Lei nº 11.719/08, é justamente em relação à questão do começo da prova testemunhal na instrução processual.

O Código de Processo Penal não pode ser aplicado de maneira direta sem se verificar as normas que disciplinam a sua interpretação, no caso, as contidas na Lei de Introdução ao Código Penal e as suas exposições de motivos, principalmente no que diz respeito à matéria árida do Direito Processual Penal Intertemporal.

Dessa feita, não se pode impor, diretamente, o comando normativo contido nas linhas do art. 2º, CPP, sob o fundamento de que está se prestigiando o princípio constitucional da igualdade, com a idéia de que a todos os processos indistintamente devem ser aplicar a Lei Processual Nova, principalmente, quando não se sabe pela brevidade do início da vigência da lei nova se ela é mais benéfica ou não ao réu em sua plenitude, como é o caso da Lei nº 11.719/08.

Isso porque indo pelo raciocínio de prestigiar o princípio da igualdade aos processos que não iniciaram a prova testemunhal e os que já passaram da nascente da citada prova de maneira indistinta, terminar-se-á por realizar sim uma desigualdade sem tamanho, porque ultimar-se-á um tratamento igual para processos em que estão em momentos e fases procedimentais diferentes.

A raiz da existência do princípio da igualdade que encontra matizes constitucionais é que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades para que se possa alcançar a igualdade substanciada. Portanto, a igualdade que se busca alcançar com o princípio referido contido no art. 5º, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal refere-se à igualdade material, substanciada, e não à igualdade formal, porque esta sim é geradora de profundas desigualdades por determinar tratamento igual aos desiguais.

Por outro lado, o julgador deve atender ao bem comum social ao aplicar a norma, como dispõe o art. 5º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil, que é norma de inicialização de diretrizes de interpretação de todas as normas do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Dessarte, as disposições da Lei nº 11.719/08 que alteraram o Código de Processo Penal, que estão em plena vigência, não devem ser aplicadas automaticamente

a todos os processos indistintamente por aplicação máxima das linhas do art. 2º, CPP, sob pena de ser, aí sim, violado o princípio constitucional da igualdade e açoitado o mandamento normativo do art. 5º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil pelo atendimento ao bem comum social, e em última instância seguir ao arripio do art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, norma específica que traça luzes para a interpretação da norma processual penal e que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Dessa feita, para que seja prestigiada a igualdade substanciada, idéia básica do princípio constitucional da igualdade, e o bem comum, contido no art. 5º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil, deve ser aplicada ao caso concreto a regra do art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, por 2 (duas) motivações principais: em primeiro lugar, se já tiver tido início, no caso concreto, a produção da prova testemunhal, em segundo, porque até o presente momento não se pode ter certeza se todas as disposições da Lei 11.719/08 são benéficas ao réu por conta da brevidade de sua entrada em vigor.

A primeira razão dita no parágrafo anterior está bem fundamentada no regramento do art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal e a segunda recebe o respaldo da doutrina do Mestre Eugênio Pacelli de Oliveira, senão veja-se:

Se houver dúvidas quanto ao alcance da legislação penal, no que se refere à sua benignidade em face do acusado, deve-se rejeitar a sua aplicação imediata. Isso porque nem sempre a lei é inteiramente ou integralmente favorável, contendo disposições que beneficiam e outras que desfavorecem o réu. Assim, impõe-se ao intérprete cautelas redobradas. A regra, porém, é a impossibilidade de fragmentação normativa, isto é, do aproveitamento da regra mais favorável da lei posterior e de parte da legislação anterior. A exceção ficaria por conta de normas atinentes às chamadas *causas extintivas da punibilidade* – por exemplo, a prescrição. Essas, porque portadoras de *mensagens* – juízos legislativos – de ausência de interesse punitivo, devem ser sempre aplicadas. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 7. ed.. Belo Horizonte: *Del Rey*, 2007, p. 20) (**grifou-se**)

Observa-se ainda um motivo subsidiário aos retos indicados para que seja aplicado o conteúdo do art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal. É que ainda que se possa dizer que esta norma teve aplicação somente para disciplinar situações de transição à época do início da vigência do atual Código de Processo Penal, verifica-se que o mesmo acontecimento que ocorreu neste período veio a ocorrer também agora, nos dias atuais. Isto é, as normas referentes à instrução processual foram modificadas.

Dessa feita, observa-se que se o legislador foi sábio o suficiente para no início da década de 40 disciplinar o trâmite dos processos em que a prova testemunhal

já se tenha iniciado antes do advento do atual CPP, com base no art. 6º, *caput*, da LICPP, então o aplicador da norma pode e deve empregar este mesmo raciocínio, aplicando o citado dispositivo legal para regular o procedimento de processos em que teve início a produção de prova testemunhal antes da vigência da Lei nº. 11.719/08, fazendo uso, assim, da analogia.

Ao proceder dessa maneira, o aplicador e intérprete estará primando pela regularidade processual, livrando os feitos de embaraços processuais e sendo cauteloso quanto à aplicação de um rito novo que, pela brevidade de sua vigência, não se pode saber ainda, com certeza, se suas normas são mais benéficas ao réu do que as do procedimento anterior.

Assim, merecem aplicação as disposições do art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal quando já tiver sido iniciada a prova testemunhal, sob a égide das normas processuais penais de instrução anteriores à Lei nº 11.719/08, devendo, desta feita, a instrução seguir pelo rito estabelecido na lei anterior.

João Paulo Oliveira Dias de Carvalho é Defensor Público do Estado do Ceará, ex Defensor Público do Estado do Pará, onde foi Titular da Comarca de Belém, oficiando junto à 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Exerceu ainda, interinamente, a Coordenação de Política Criminal Metropolitana (Coordenação do NACRI - Núcleo Avançado de Atendimento Criminal da Defensoria Pública do Estado do Pará). Foi integrante da Comissão Organizada pela Defensoria Pública Geral do Estado do Pará em 2009 para propor sugestões alteradoras do Código de Processo Penal à Escola Superior da Defensoria Pública da União. É ex-Procurador do Banco do Nordeste do Brasil S/A, tendo sido lotado em Brasília / DF e atuado junto aos Tribunais Superiores, ao TRF da 1ª Região, ao TRT da 10ª Região, ao TJDF e ao TCU. É autor de artigos jurídicos.

BIBLIOGRAFIA

1. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 11. ed.. São Paulo: Saraiva, 2004.
2. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo, 21. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.
3. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. Processo Penal Doutrina e Prática. 1. ed.. Salvador: JusPODIVM, 2008.
4. FALCÃO, Raimundo Bezerra. Hermenêutica. 1 ed.. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.
5. MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada – artigo por artigo. 1.ed.. São Paulo: Método, 2008.
6. NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 6. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
7. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 7. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Fonte: Artigo publicado no Informativo Jurídico CONSULEX, Ano XXIII – nº 23 de 8 de junho de 2009 – EDIÇÃO IMPRESSA SEMANAL