

O PROCESSO COMO GARANTIA DE (IN)APLICABILIDADE IMEDIATA DA LEI PROCESSUAL PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE TRIAL AS A GUARANTEE OF IMMEDIATE (IN)APPLICABILITY OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE IN A DEMOCRATIC RULE OF LAW

Filipe Cesar Lopes¹
Letícia Lacerda de Castro²

RESUMO

O Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, a exemplo do atual Código de Processo Penal brasileiro, apresenta o princípio *tempus regit actum* como solução aos problemas relacionados à sucessão de normas processuais penais no tempo. Nesse prisma, trata-se de uma regra geral de eficácia imediata da nova norma processual penal, cujo teor não esclarece sua aplicação em termos de ato processual, fase processual ou processos futuros. Portanto, o presente ensaio pretende realizar uma interpretação constitucionalmente adequada do princípio em análise, haja vista que toda norma processual possui conteúdo de garantia, devendo os princípios constitucionais de processo ser protegidos contra as modificações supervenientes da legislação. Com efeito, será considerada a sequência lógica das normas procedimentais e a unidade do procedimento, para o alcance de uma solução constitucionalmente adequada aos anseios de um Estado Democrático de Direito. Na tentativa de prestar melhores esclarecimentos acerca de uma interpretação constitucionalmente adequada do princípio *tempus regit actum*, será realizado um estudo de direito comparado, mais precisamente do Código de Processo Penal português, cujo texto expressa louvável preocupação com os princípios constitucionais de processo e a unidade do procedimento.

Palavras-chave: Processo penal. Direito intertemporal. *Tempus regit actum*. Interpretação constitucional. Direito comparado.

¹ Advogado. Especialista em Direito Processual pelo IEC-PUC MINAS. Mestrando em Direito Processual pela PUC MINAS. Linha de Pesquisa: O processo na construção do Estado Democrático de Direito. E-mail: filipecesar.adv@gmail.com.

² Advogada. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestranda em Direito Processual pela PUC MINAS. Linha de Pesquisa: O processo na construção do Estado Democrático de Direito. E-mail: leticia@lacerdadecastro.com.br.

ABSTRACT

The Bill of the Senate No 156/2009, in the same way as the current Brazilian Criminal Procedure Code, presents the *tempus regit actum* principle as a solution to the problems related to the succession of Criminal Law Procedures in time. Looked at from this angle, it's about a general rule of immediate efficacy of the new Criminal Procedure Norms, whose contents do not clarify its application in terms of the procedural act, procedural phase or future procedures. Therefore, the present essay intends to carry out a constitutionally adequate interpretation of the principle in question, taking into account that all procedural norms carry within themselves some degree of assurance and the constitutional principals of such procedures must be protected against modifications underlying from legislation. Indeed, it will consider the logical sequence of procedural norms and the unity of a procedure, in search of a constitutionally adequate solution to the aspirations of a Democratic Rule of Law. In an attempt to provide better clarification regarding a constitutionally adequate interpretation of the *tempus regit actum* principle, a comparative law study will be held, more precisely of the Portuguese Criminal Procedure Code, whose text expresses admirable concern with the constitutional principles of the trial and the unity of such procedure.

Key-words: Criminal Proceedings. Intertemporal Law. *Tempus Regit Actum*. Constitutional Interpretation. Comparative Law.

INTRODUÇÃO

Com a votação do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 (2010) já concluída pelo Senado Federal, e faltando apenas a sua aprovação pela Câmara dos Deputados, para que o projeto de lei seja enviado para a sanção da Presidente da República, crescem as expectativas quanto à aprovação de um novo Código de Processo Penal, cujo teor terá a precípua tarefa de substituir o texto atual, em vigor desde o início da década de 1940, quando foi decretado pelo então Presidente da República Getúlio Vargas, o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (2010), com profundas marcas inquisitoriais decorrentes de sua inspiração fascista.

Nesse sentido, é bem de ver que, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (2010), em 1988, urge a necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Penal, que se adapte aos ditames constitucionais, sobretudo aos direitos e garantias fundamentais das partes no processo.

Com efeito, não obstante as recentes reformas pontuais a que tem sido submetido o atual Código de Processo Penal brasileiro, introduzidas, à guisa de exemplo, por meio das Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09, não foi possível retirar seu forte traço autoritário, o que dificulta a efetivação de um modelo constitucional de processo.

Nesse prisma, cumpre asseverar que durante este momento de transição pelo qual passa a legislação processual penal brasileira, emerge um problema ainda em vias de ser solucionado, cuja resposta não se depreende assim tão facilmente, como pretendida pela “fórmula” de aplicação da lei processual estabelecida no art. 2º do CPP, e praticamente repetida no anteprojeto do Código.

Na esteira do princípio *tempus regit actum*, a jurisprudência dos tribunais superiores tende a solucionar os casos em que ocorre a sucessão de leis processuais mediante a aplicação sumária da regra da imediatidade da lei processual nova, a despeito de qualquer análise das garantias constitucionais que venham a ser subtraídas do acusado³. Aliás, é corrente o debate acerca da distinção da norma

³ Nesse sentido são os reiterados acórdãos do STJ, que afasta o direito ao recurso do protesto por novo júri quando o julgamento pelo Conselho de Sentença ocorrer após a entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008, que em seu art. 4º revogou expressamente o Capítulo IV do Título II do Livro III, do Código de Processo Penal, ainda que o crime tenha sido cometido antes da extinção do recurso, a exemplo do RHC 26.033/RO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011.

penal e da norma processual penal, para fins de aplicação imediata ou não da lei no processo em andamento, o que acaba por ensejar não só uma insegurança jurídica, como também o desrespeito às garantias constitucionais do processo⁴.

Certamente, discussões entre operadores do direito tem sido permeadas pela temática acerca da oportunidade em que serão aplicadas as novas normas processuais penais em vigor, nas hipóteses em que o processo já tenha sido iniciado ou que vise apurar fato entendido como crime ocorrido anteriormente à vigência das novas normas processuais.

Destarte, a presente pesquisa buscará responder à seguinte indagação: O princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa se restringe às normas de direito material, ou pode ser ele invocado contra alterações a normas processuais penais que, de algum modo, prejudique a situação processual do acusado? Portanto, tendo em vista que o problema concernente à aplicação retroativa ou não das normas processuais penais pode se apresentar das mais diversas formas, seja através da supressão de um determinado recurso, como ocorreu, por exemplo, com o protesto por novo júri, ou com a mudança de sua procedibilidade, ou ainda, pela modificação das regras de competência ou, finalmente, de regras atinentes à fase instrutória, o presente artigo tentará demonstrar como o princípio *tempus regit actum* deve ser interpretado, conferindo-lhe uma interpretação constitucionalmente adequada, em que sejam resguardados os direitos e garantias fundamentais das partes.

1 DIREITO INTERTEMPORAL

No plano da atual teoria jurídica, é recorrente o uso de uma resposta pronta, nos moldes da parêmia *tempus regit actum*, para a solução do problema decorrente da sucessão de normas processuais no tempo.

⁴ Exemplifica-se com o debate já travado perante o STJ, que já considerou ser a vedação da liberdade provisória da Lei de Crimes Hediondos norma processual, pelo que teria aplicação imediata (HC 2086/PE, Rel. Min. Assis Toledo, 5ª Turma, DJ 08.11.93), bem como norma de natureza penal, entendendo não poder incidir em processos por crime praticado antes da Lei 8.072/90 (HC 22490/PI, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJ 03.02.2003).

Porém, a aplicação de uma resposta padrão, tal como propõe o princípio estabelecido no art. 2º do Código de Processo Penal brasileiro, põe em risco a preservação de direitos e garantias fundamentais elencados pela Constituição da República de 1988, conforme adverte Oliviero Mazza (2010), cujas conquistas não podem ser jamais preteridas.

Ademais, é cediço que a questão da sucessão de duas leis no tempo, conforme leciona Fernando Noronha (2005) deve ser resolvida levando em consideração duas preocupações distintas e totalmente conflitantes entre si: de um lado está a necessidade de progresso das instituições jurídicas, sempre preocupadas com o acompanhamento da sociedade em seus diferentes aspectos, tais como o político, econômico e social. Por outro lado, se tem a necessidade de assegurar aos particulares a estabilidade ou segurança necessárias ao desenvolvimento de suas atividades.

Nesse aspecto, urge a necessidade de uma reforma na legislação processual penal brasileira, e a complexidade na aplicação de normas de direito intertemporal não deve preencher o discurso de justificação para a aplicação de uma regra geral para a solução de conflitos dessa natureza.

Desse modo, cumpre asseverar as palavras de Jacinto Coutinho (2009), ao falar do modo em que devem ser tratadas as reformas processuais penais:

Se a salvaguarda dos direitos e garantias individuais no processo penal é o melhor critério pelo qual se pode medir o grau de civilidade de um povo (PISAPIA, 1985, p. 26), mais cuidado se pede ao reformar aquele que talvez seja, dentre todos os ramos do direito, o que maior impacto exerce sobre a vida humana e especialmente sobre aquela vitimada pela desigualdade no acesso às condições mínimas de vida. (COUTINHO, 2009, p. 229-230)

Nesse diapasão, é preciso lançar às bases de aplicação do princípio *tempus regit actum*, a preocupação com a preservação de direitos e garantias fundamentais das partes no processo. Afinal, cresce entre os operadores do direito, a noção de que o processo deixou de ser uma mera sequência de atos reduzido a normas procedimentais, para alcançar o status de garantia constitutiva de direitos fundamentais, nas palavras de Flaviane de Magalhães Barros (2009).

Portanto, uma vez que o presente trabalho busca encontrar uma solução para a problemática questão da sucessão de normas processuais penais no tempo,

cumprir definir o conceito de direito intertemporal, fixando o exato campo de atuação de suas normas.

Nesse sentido, Oliviero Mazza (2010) define o direito intertemporal como sendo um conjunto de normas que disciplinam a sucessão de normas no tempo, ou seja, a contraposição entre a lei nova e a lei velha.

Na mesma linha, vem Luís Roberto Barroso (1996), o qual atribuiu ao direito intertemporal o papel de fixar o alcance das normas que se sucedem, determinando os limites de domínio entre duas disposições jurídicas sobre o mesmo assunto.

Outrossim, Paul Roubier definiu o direito intertemporal como um ramo autônomo do direito, conferindo-lhe o caráter de normas que regem outras normas (*ius supra iura*), além de qualquer classificação tradicional que caracteriza o binômio direito público e direito privado. Essa afirmação foi trazida por Mazza (2010), que alerta para a impossibilidade de convivência entre dois regimes jurídicos distintos, o novo e o velho, para aplicação. E ainda, para a aplicação de uma terceira norma que conjugue ambos os regimes, como meio de solucionar o conflito entre normas jurídicas.

No entanto, para melhor compreensão dos aspectos que envolvem o direito intertemporal, é necessária a conceituação de um instituto caro ao entendimento da matéria, a saber, o da retroatividade das normas.

1.1 Retroatividade das normas

Após exaustivos estudos acerca da retroatividade das normas, José Eduardo Martins Cardozo (1995) afirma que esta característica varia de acordo com o tratamento que lhe é conferido por determinado sistema ou sub-sistema de direito positivo.

Ou seja, conforme destaca Barros (2010), a questão reside em saber qual norma será aplicada ou quais fatos serão alcançados pela nova normatividade. Na busca de tais respostas, Cardozo aponta para a criação de duas vertentes. A primeira delas, parte da tentativa de *“alguns estudiosos de buscar o conceito de retroatividade, a partir da definição do momento temporal em que tiveram origem as realidades atingidas pela ação da norma legislativa.”* (CARDOZO, 1995, p. 253). Tal

conceito, neste prisma, “se fundaria na localização temporal do momento em que tiveram nascimento ou foram gerados os fatos, os direitos, os efeitos ou as situações jurídicas que se colocam sob a incidência da lei nova.” (CARDOZO, 1995, p. 253).

Desse modo, o que determinaria o caráter retroativo de uma lei seria o fato de agir sobre as realidades jurídicas construídas sob a égide da lei antiga, tais como: direitos adquiridos, situações jurídicas, fatos realizados e relações jurídicas, todos seguidos de seus respectivos efeitos, independentemente da projeção ou não da ação criadora, modificadora ou extintiva da nova lei anteriormente à sua entrada em vigor.

Nesse diapasão, cumpre trazer à colação as palavras de Cardozo, quando se refere a este posicionamento:

Retroagir, assim, não seria obrigatoriamente uma “ação sobre o passado” da lei nova, mas sim o seu agir, seja no passado, no presente, ou mesmo no futuro, sobre realidades jurídicas que guardam uma essencial conexão com o passado.

(...)

Aliás, é importante observar que a adoção desse mesmo critério conceitual também pode ser encontrado nos autores que afirmam serem reativas apenas as leis que suprimam “direitos adquiridos” sob a vigência da lei velha. Dentro deste entendimento, como é óbvio, uma lei poderia projetar efeitos sobre o período que antecedeu o início da sua vigência, sem que necessariamente seja conceituada como retroativa. Bastaria, para tanto, que em tal ação pretérita não viesse a atingir quaisquer “direitos legitimamente adquiridos”.

(...)

Sua definição, ao revés, se colocaria no aspecto temporal das realidades sobre as quais a lei incide, de forma que sua utilização adequada apenas teria cabimento quando um diploma legislativo tivesse a pretensão de disciplinar, não importando se com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, realidades jurídicas nascidas antes do início da sua vigência. (CARDOZO, 1995, p 254-255)

A outra noção que merece destaque, e que por sua vez, possui maior aceitação, é aquela que busca alcançar estritamente o conceito de retroatividade, enquanto ação da lei sobre o período de tempo que antecede ao período de sua própria vigência. Portanto, nas palavras de Cardozo:

Falar da retroatividade de um diploma legal é referir-se sempre à sua ação pretérita, ou seja à sua ação projetada para período anterior ao da sua vigência, de forma a atingir e modificar realidade fáticas jurídicas já verificadas. É sempre como quer Roubier, o conceito que se deve atribuir à atuação de uma lei ao passado. Na definição de retroatividade, pois, não se pode pretender vislumbrar a atuação sobre o presente ou o futuro de uma norma legislativa.

(...)

A idéia de que a retroatividade de uma lei seria sempre um “agir sobre o passado” poderia causar, na sua admissibilidade, alguma perplexidade. Como poderia um ‘ser’, que hoje existe, agir sobre aquilo que já existiu, ou seja, como se poderia impor um comando ou se prescrever uma conduta para o passado? (CARDOZO, 1995, p. 257)

Com efeito, deve a relação entre tempo e direito ser trabalhada nos moldes da Sociologia de Nicklas Luhman, cuja abordagem teórica se mostra pertinente à análise do problema proposto, uma vez que, nas palavras de Cristiano Paixão Araújo Pinto (2002), é imprescindível a retomada de discussão que, ainda hoje, se desenrola no campo das ciências sociais e da história, acerca da mudança da concepção de tempo com o advento da Idade Moderna.

Nesse prisma, Araújo Pinto (2002) aponta para uma definição de tempo trazida por Luhman, caracterizada pela interpretação social da realidade em relação à diferença entre passado e futuro, cujo caráter abstrato permite a desvinculação do conceito com eventual experiência histórica ou existencial, inviabilizando qualquer confusão com a idéia de cronologia. Em suma, Luhman nega a identidade entre tempo social e o tempo calendário.

Destarte, é preciso repensar as relações entre o tempo e o direito, e entre este último e o processo, sobretudo em razão de sua significação no Estado Democrático de Direito, enquanto garantia constitutiva de direitos fundamentais.

Porém, nas palavras de Remo Caponi (2010), é preciso distinguir norma jurídica, cujo tempo é abstrato, e as relações da vida que devem ser o centro das atenções.

É óbvio que não há a possibilidade de rever o tempo, os atos e fatos humanos fundados em normas jurídicas do passado, e os atos realizados no passado não podem ser alterados. No entanto, conforme assevera Barros (2010), é possível discutir os efeitos no presente, dos fatos ou situações jurídicas passadas. Para tanto, serve-se das palavras de Cardozo:

(...) a retroatividade de uma lei não implica que se pretenda ‘comandar’ (dirigir comandos) o passado, visto que tal seria impossível. Sua ‘invasão’ ao período anterior à sua vigência implica unicamente que juridicamente o passado será ‘valorado’ diferentemente, para fins de que no presente sejam dadas de certa forma as condutas humanas que se pretende prescrever. Valorará um passado (positivo ou negativo) anteriormente considerado como juridicamente irrelevante, como relevante, (ou vice-versa); afirmará que os efeitos de um fato jurídico passado, definidos de acordo com a lei de seu

tempo, passam a ser valorativamente outros, desde o início da sua projeção. Tudo para disciplinar – insista-se – condutas no presente. (CARDOZO, 1995, p. 258-259)

Por outro lado, o contrário de retroatividade da lei é a sua ultraatividade, conhecida como típico caso de sobrevivência da lei velha. Todavia, Cardozo (1995) assevera que cientificamente isto não chega a se configurar, pois se tratam de hipóteses em que a sobrevivência da lei velha é apenas aparente, já que em tais casos, não ocorre a substituição da lei velha pela lei nova, ou até mesmo de litígio que permanece pendente de julgamento durante certo período em que há alteração legislativa, e por isto, se aplicam as regras do direito anterior.

Destarte, Cardozo entende que devem ser excluídas do conceito de ultraatividade:

- a) a aplicação da lei velha, ao longo do período da *vacatio legis*, uma vez que tecnicamente esta ainda não perdeu a vigência;
- b) a revogação parcial da lei velha pela nova, no que tange à aplicabilidade das regras não revogadas;
- c) a aplicação da lei velha feita pelo juiz após a sua revogação, por necessidade de apreciar a legalidade de fatos verificados à época em que esta se encontrava em vigor, uma vez que aqui não ocorre um prolongamento da vida da norma revogada, mas apenas uma mera apreciação da sua aplicabilidade no momento em que era vigente. (CARDOZO, 1995, p. 299)

De toda a análise dos estudos feitos por Cardozo, percebe-se que o seu resultado tem amplo acolhimento na teoria do direito. Todavia, cumpre asseverar que o presente artigo busca responder a indagação no âmbito das normas processuais, cujas características, nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves (1992), diferem das normas de direito material.

1.2 Relação das regras de direito intertemporal com a sucessão de normas processuais no tempo

Gonçalves (1992) concorda com a assertiva feita por Fazzalari, quando afirma que a classificação das normas em normas de primeiro e segundo grau são

meramente convencionais, já que ambas disciplinam condutas, inserindo-se no mesmo ordenamento jurídico e complementando-se mutuamente.

No entanto, apresenta a seguinte distinção entre ambas:

A distinção entre elas se mantém pelo conteúdo que comportam, e não pela referibilidade a qualquer hierarquia, pois enquanto as normas materiais se destinam a valorar a conduta, qualificando-a como lícita e como ilícita, tendo como matéria as situações jurídicas de que decorrem direitos e deveres, as normas processuais disciplinam a jurisdição: o exercício da função jurisdicional e o instrumento pelo qual ela se manifesta, o processo. (GONÇALVES, 1992, p. 49-50)

Ademais, não se pode destituir das normas processuais, sua característica de procedimento, cuja definição trazida por Gonçalves (1992), consiste em defini-lo como uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, regulada por uma estrutura normativa composta de uma sequência de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica específica, na preparação de um provimento.

Nesse sentido, com amparo na teoria de Fazzalari, cumpre ressaltar que:

no procedimento, os atos e posições subjetivas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final, por ele preparado. Não só o ato final, em sua existência, mas a própria validade desse ato e, conseqüentemente, sua eficácia, dependerão do correto desenvolvimento do procedimento. (GONÇALVES, 1992, p. 109-110)

O que se pretende dizer, é que há uma diferença enorme entre a celebração de um negócio jurídico sob a égide da lei velha e sua exigência sob o comando da lei nova, com a modificação das normas processuais no *iter* de preparação do provimento estatal. E simplesmente aplicar o princípio *tempus regit actum* à solução do caso, parece ser um critério bastante impreciso e debilitado. Por outro lado, a noção de irretroatividade das normas penais incriminadoras não sustenta, por si só, uma resposta precisa para a (ir)retroatividade no campo das normas processuais. Destarte, é necessário recorrer à teoria do direito e à filosofia para o alcance da resposta adequada.

1.3 Uma interpretação constitucionalmente adequada do princípio *tempus regit actum*

É bem de ver que na tentativa de encontrar uma solução adequada para o problema da intertemporalidade das normas processuais penais, Mazza (2010) aponta para a fragilidade da expressão *tempus regit actum*, cuja terminologia acabou por gerar uma série de incertezas e equívocos conceituais.

Ele trata separadamente dos termos *actum* e *tempus*, para tentar explicar a expressão que prenuncia a regra geral da eficácia imediata da norma, mas que não esclarece a sua aplicação em termos de ato processual, fases processuais ou processos futuros. Destarte, assevera a importância de que seja considerada sua sequência lógica e a unidade do procedimento:

A conclusioni non dissimili si giungerebbe anche intendendo per actus, non l'intero procedimento, ma solo i suoi stati, gradi o fasi, considerando però ciascuno come un insieme unitario. Pure in questo caso, infatti, si finirebbe per sostituire la regola dell'efficacia immediata con una sorta di efficacia differita, sebbene più ridotta in quanto corrispondente alla minore durata dei singoli stati, gradi o fasi.(...)

L'identificazione dell'actus con ogni singolo accadimento processuale giuridicamente rilevante risulta tuttavia imposta, prima ancora che dal rispetto del dato normativo, dalla valutazione logica della struttura che connota le norme alle quali si applicano i principi intertemporali. Se la nuova fattispecie normativa non si riferisce all'intero processo, bensì contiene solo i modelli di ben determinati atti e delle relative conseguenze, allora - dato che l'oggetto (mediato) dei principi intertemporali è il medesimo delle norme a cui gli stessi fanno riferimento - il concetto di actus deve essere rapportato allo stesso grado di "atomizzazione" che presentano le concrete e specifiche vicende disciplinate dalla norma processuale coinvolta nella successione. (MAZZA, 2010)⁵

⁵As conclusões não seriam diferentes se fosse entendido por actus, não o inteiro procedimento, mas apenas o seu estado, classe, ou fase, considerando, porém, cada um como um conjunto unitário. Mesmo neste caso, se acabaria por substituir a regra da eficácia imediata com uma espécie de efeito retardado, embora menor enquanto correspondente ao tempo mínimo de individuais estados, graus ou fases. (...)

A identificação do actus com cada acontecimento processual juridicamente importante resulta, todavia, imposta, antes pelo respeito ao dado determinado, que da avaliação lógica da estrutura que caracteriza as normas às quais se aplicam os princípios intertemporais. Se a nova espécie normativa não se refere ao inteiro processo, mas contém apenas os modelos de determinados atos e suas relativas conseqüências, então – dado que o objeto (mediato) dos princípios intertemporais são os mesmos das normas a que se referem - o conceito de actus deve ser relacionado ao mesmo grau de "atomização", que apresentam os concretos e específicos eventos regidos pela norma processual envolvidas na sucessão. (Tradução livre)

Caponi (2010), por sua vez, ao analisar a irretroatividade das normas processuais civis, também destaca o caráter procedimental do processo e de sua unidade, fazendo a seguinte afirmação: “*con l’accortezza di precisare che l’actus è quell’actus trium personarum in cui consiste l’intero processo (...)*”⁶.

Destarte, uma vez que toda a norma processual possui conteúdo de garantia, é importante que da interpretação quanto ao caráter imediato da nova lei, sejam observados os princípios constitucionais do processo. Assim, como adverte Caponi (2010), a regra do contraditório deve ser previamente conhecida pelas partes e não deve ficar exposta à álea de modificações supervenientes.

Outrossim, não é apenas o termo *actum* que carece de uma redefinição do ponto de vista de unidade no procedimento, mas também, a noção do termo *tempus*.

Una questione che, apparentemente, investe solo la definizione di actus, mentre, in realtà, riguarda soprattutto la fissazione del tempus, è stata sollevata da chi ritiene le norme processuali capaci di operare in modo cronologicamente distinto a seconda che l’oggetto della loro disciplina sia l’attività del giudice ovvero l’attività delle parti. Qualora la norma si limiti, da un lato, a prevedere modelli di comportamento per le parti e, dall’altro, a ricollegarvi determinati effetti, il giudice svolgerebbe un ruolo meramente dichiarativo nel valutare la conformità degli accadimenti alle prescrizioni giuridiche a essi coeve, senza poter considerare norme eventualmente sopravvenute, a meno che, ovviamente, non siano dotate di efficacia retroattiva.

(...) Qualora sucessivamente venga stabilita una diversa competenza, la nuova normativa non può trovare applicazione immediata rispetto ai processi già instaurati davanti al giudice individuato secondo la previsione abrogata. La modifica della competenza in un processo pendente non può che operare in modo retroattivo, dovendo passare inevitabilmente attraverso la rivalutazione dell’atto passato che già ne aveva determinato la diversa attribuzione. (MAZZA, 2010)⁷

⁶(...) com a perspicácia de precisar que o actus é aquele *actum trium personarum* no qual consiste o inteiro processo (...). (Tradução livre)

⁷Uma questão que parece envolver apenas a definição de actus, quando na realidade diz respeito principalmente ao estabelecimento de tempus, foi levantada por aqueles que acreditam que as regras de procedimento capazes de operar em modos cronologicamente distintos, depende do objeto de sua disciplina, seja a atividade do juiz ou a atividade das partes. Quando a regra se limita, de um lado, a prever modelos de comportamentos para as partes e, de outro, atribuir determinados efeitos, o juiz desenvolve um papel meramente declaratório na avaliação da conformidade dos acontecimentos às prescrições jurídicas, sem poder considerar as normas que possam surgir, a menos que, obviamente, não estejam dotadas de efeitos retroativos.

(...) Quando, posteriormente, vier a estabelecer uma competência diversa, a nova normativa não poderá encontrar aplicação imediata nos processos já instaurados doravante ao juiz identificados em conformidade com a disposição revogada. A modificação de competência em um processo pendente não pode operar de modo retroativo, devendo passar inevitavelmente pela reavaliação do ato passado que já havia determinado a diversa atribuição.

Portanto, é preciso deixar bem claro, nas palavras de Barros (2006), que a noção de processo, no Estado Democrático de Direito, enquanto garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos, foi instituída por uma base principiológica uníssona, consolidada pelo contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e o terceiro imparcial. Logo, nenhuma alteração legislativa possui o condão de sacrificar princípios constitucionais, inclusive, aqueles instituídos pelo microsistema de processo penal, a saber: o princípio constitucional da presunção de inocência e a garantia das liberdades individuais dos sujeitos⁸.

Nesse sentido, deve se atentar ao caráter procedimental das normas processuais e ao respeito de tais princípios constitucionais. Por óbvio, qualquer alteração legislativa que altere a situação processual do acusado, interferindo no contraditório enquanto garantia de influência e não surpresa, na fundamentação da decisão enquanto garantia de aceitabilidade racional da decisão, na ampla argumentação como garantia de tempo conferido às partes a serem afetadas pelo provimento de construir seus argumentos, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas, e por fim, na imparcialidade do julgador, enquanto exigência do esforço argumentativo das partes para a construção do provimento, cuja fiscalização se dá por meio da fundamentação da decisão, deve ser afastada, em prol da preservação da base constitucional uníssona. Todavia, o desrespeito de tais princípios no curso da demanda, ou ainda, quando se aplicarem as normas processuais a fatos praticados anteriormente às alterações de tais normas, não impede que a questão não seja mais discutida, uma vez que, nas

⁸ Nessa linha de raciocínio, colaciona-se o seguinte acórdão do STJ, relatado pelo Ministro Jorge Mussi, que retrata a tendência dos Tribunais Superiores na resolução da questão referente à sucessão de leis processuais nos processos em andamento: *HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO E QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. APLICAÇÃO DOS ARTS. 420 E 457 DO CPP COM A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI Nº 11.689/08. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA*. 1. No âmbito do direito processual penal, quando se fala em aplicação da lei no tempo, vige o princípio do efeito imediato, representado pelo brocardo latino *tempus regit actum*, conforme previsão contida no artigo 2º do Código de Processo Penal. 2. O art. 420, parágrafo único, do CPP, alterado pela Lei 11.689 de 9/6/08 - que permite a citação por edital do réu solto que não for encontrado -, bem como o art. 457 do CPP, alterado, também, com a edição e entrada em vigor da Lei 11.689 de 9/6/08 - que deixou de exigir a presença do acusado na sessão plenária para que esta se realize - tratam-se de normas de natureza processual, motivo pelo qual devem ser aplicadas de forma imediata sobre os atos processuais pendentes. (HC 177.566/MS, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 29/08/2011) Como se verifica, o julgado olvida-se em enfrentar qualquer matéria de cunho constitucional para a resolução do impasse, que é o surgimento de uma lei processual que mitiga alguma garantia processual do acusado, preferindo sustentar, reportando-se aos termos do próprio acórdão, ao “princípio do efeito imediato” que se revela na aplicação da lei processual nova.

palavras de Barros (2006), há a possibilidade de se perquirir sobre a aplicação do direito intertemporal, pois segundo a visão procedimentalista, no Estado Democrático de Direito, é constitucionalmente garantido aos afetados por esse processo de tomada de decisão o direito de discutir o tema de aplicação das normas no processo jurisdicional, nos moldes do discurso de aplicação de Gunther.⁹

1.4 O princípio *tempus regit actum* no direito comparado

A fim de buscar auxílio no direito comparado, é de bom alvitre trazer a lume o exemplo do Código de Processo Penal Português (Decreto-Lei n° 78/87, de 17 de Fevereiro), o qual, a exemplo do Código de Processo Penal brasileiro, dispõe o princípio *tempus regit actum* como regra de direito intertemporal.

No entanto, cumpre reconhecer os avanços da legislação processual penal portuguesa, em seu art. 5°, inciso II, notadamente, quando restringe a aplicação imediata de seus dispositivos aos processos já iniciados, quando da sua aplicabilidade puder resultar agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do acusado, sobretudo uma limitação ao seu direito de defesa, ou quando houver quebra da harmonia e unidade dos vários atos do processo, conforme se depreende de sua dicção:

Art. 5° Aplicação da lei processual penal no tempo

1 – A lei processual é de aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos actos realizados na vigência da lei anterior.

2 – A lei processual penal não se aplica aos processos iniciados anteriormente à sua vigência quando da sua aplicabilidade imediata possa resultar:

a) Agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa; ou

b) Quebra da harmonia e unidade dos vários actos do processo.
(PORTUGAL, 2010)

⁹ Klaus Gunther (1993), em sua Teoria da Argumentação, propõe uma distinção entre discursos de justificação e de aplicação. O primeiro diz respeito “à elaboração de normas válidas, pautadas pelo princípio universalista (U), que busca considerar os interesses de todos os possíveis afetados pela norma em discussão.” (Martins; Oliveira, 2006, p. 243) Por outro lado, o discurso de aplicação oferece complemento à norma válida, trazendo “considerações sobre os efeitos colaterais não antecipados ou desconsiderados no discurso de justificação, porque somente diante da singularidade do caso é que se pode, e ainda assim com reservas, determinar todos os possíveis efeitos de uma norma.” (Martins; Oliveira, 2006, p. 245)

Nesses casos, devem ser aplicadas as normas processuais anteriores, pois apenas assim restará garantido o modelo constitucional de processo. Da leitura do presente dispositivo, resta clarividente o esforço do legislador, no primeiro caso, em garantir ao acusado que seja processado sem a alteração do devido processo legal. Já no segundo caso, percebe-se a preocupação com a manutenção da unidade do procedimento. Logo, em se tratando de normas procedimentais, a nova lei deve guardar correlação com a fase subsequente e não com o ato seguinte. No entanto, em algumas hipóteses, notadamente aquelas em que há quebra da harmonia e unidade do procedimento, serão aplicadas as leis anteriores.

Com efeito, bom seria que o legislador brasileiro estivesse interessado em adequar seu Código de Processo Penal ao modelo constitucional de processo. No entanto, este pensamento não parece ter permeado o pensamento dos integrantes da Comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Penal brasileiro, nomeada pelo Senado Federal em 2008.

O anteprojeto, transformado em Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, mantém a regra de aplicabilidade imediata da lei processual penal, restringindo sua aplicação imediata apenas aos casos em que a instrução não tiver sido iniciada, e desde que as disposições legais e de regras de organização judiciária não inovem sobre procedimentos e ritos, bem como não importem em modificação de competência. Neste prisma, cumpre trazer a lume a redação de seu art. 7º:

Art. 7º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, ressalvada a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

§ 1º As disposições de leis e de regras de organização judiciária que inovarem sobre procedimentos e ritos, bem como as que importarem modificação de competência, não se aplicam aos processos cuja instrução tenha sido iniciada.

§ 2º Aos recursos aplicar-se-ão as normas processuais vigentes na data da decisão impugnada.

§ 3º As leis que contiverem disposições penais e processuais penais não retroagirão. A norma penal mais favorável, contudo, poderá ser aplicada quando não estiver subordinada ou não tiver relação de dependência com o conteúdo das disposições processuais. (BRASIL, 2010)

Percebe-se que o PLS nº 156/2009, embora apresente uma preocupação com a unidade procedimental das fases processuais, conforme disposições dos §§1º e 2º do art. 7º do Anteprojeto, manteve a base constitucional uníssona distante das discussões que antecederam ao projeto de reforma macroestrutural da legislação

processual penal brasileira, o que demonstra, certamente, a ausência de maiores avanços, ao menos no tocante à intertemporalidade das normas processuais penais.

Destarte, é preciso levar em consideração que as normas processuais deixaram de ser apenas disciplinadoras dos atos processuais, em que através delas se atuava o direito material. Atualmente, no Estado Democrático de Direito, o processo é garantia constitutiva de direitos fundamentais, e é neste paradigma que merecem ser discutidas as recentes alterações legislativas, sobretudo no tocante ao microsistema processual penal.

CONCLUSÃO

O problema da sucessão de leis processuais penais no tempo, não deve ser respondido à luz de uma noção do princípio *tempus regit actum* despreocupada com a preservação dos direitos e garantias fundamentais.

Afinal, no Estado Democrático de Direito, o processo deixa de ser mero instrumento de atuação do direito material, para assumir posição de suma importância no ordenamento jurídico, enquanto garantia constitutiva de direitos fundamentais.

Destarte, qualquer alteração legislativa atinente ao microsistema do processo penal deve se atentar ao caráter procedimental de suas normas processuais e ao respeito aos princípios constitucionais do processo.

Com efeito, a opção por um critério abstrato para a solução do conflito entre normas processuais no tempo, por meio de uma regra geral, a saber, a aplicabilidade imediata da norma processual penal, deve ser substituída por uma interpretação constitucionalmente adequada do princípio *tempus regit actum*, em que se analisem todas as especificidades do caso concreto, garantindo o respeito aos direitos e garantias fundamentais das partes.

Logo, a questão da aplicabilidade imediata da lei processual penal restará condicionada à observância dos direitos e garantias fundamentais das partes, cuja proteção incumbirá ao processo, enquanto garantia constitutiva de direitos fundamentais, sendo vedada a aplicação imediata de qualquer alteração capaz de surpreender ou criar situação desfavorável ao acusado, aos processos pendentes, ou

ainda que não iniciados, visem apurar fatos ocorridos anteriormente à vigência da nova norma.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale Del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli. 1997.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. **Modernidade, Tempo e Direito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 227-238.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal: Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n.11.690/08, n.11.719/08 e n.11.900/09**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: AMORIM MACHADO, Felipe Daniel; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; (Coords.). **Processo e Constituição: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 331-345.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O princípio da imparcialidade a partir da compreensão do modelo constitucional de processo. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coords.). **Constituição e Processo: Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 355-367.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **Reformas processuais e direito intertemporal: limites hermenêuticos para aplicação das normas processuais**. II Congresso Internacional Jurisdição, Constituição e Democracia. Direito Fundamental ao Processo Constitucional na América Latina: Entre o Neoliberalismo e a Democratização. São Leopoldo: Casa Leiria, 2010. v. 1. p. 205-239.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva; 1996.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. **Vade Mecum RT**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum RT**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

BRASIL. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (2009). **Anteprojeto transformado em Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em:< <http://www.juareztavares.com/Textos/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2010.

CAPONI, Remo . **L' efficacia della legge processuale nel tempo**. Texto da internet: Disponível em: <<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/6002.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2010.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. *In*: AMORIM MACHADO, Felipe Daniel; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; (Coords.). **Processo e Constituição: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 221-231.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni de diritto processuale**. Padova, CEDAM, 1992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: Application discourses in morality and law**. New York: State University of New York, 1993.

_____. **Un concepto normativo de coherencia para una teoria de La argumentación jurídica**. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. DOXA, v.17 -18, p. 271-302, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **A contribuição de Klaus Gunther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios**. Disponível em:< http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RDGV_03_p241_254.pdf>. Acesso em: 16 de jan. 2011.

MAZZA, Oliviero. **I principi di diritto intertemporale e transitório com riguardo alla successione di norme processuali penali**. Disponível em:< <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/6003.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2010.

NORONHA, Fernando. Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de Direito Intertemporal. **Revista dos Tribunais**. Ano 94, v. 837, jul. de 2005, p. 55-78.

PORTUGAL. Código de Processo Penal (1987). **Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de Fevereiro**. Disponível em:< http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 11 out. 2010.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 2086 Pernambuco. Relator: Min. Assis Toledo. **Diário da Justiça**, 8 nov. 1993.

_____. Habeas Corpus 22490 Piauí. Relator: Min. Gilson Dipp. **Diário da Justiça**, 3 fev. 2003.

_____. Recurso Habeas Corpus 26.033 Rondônia. Relator: Min. Laurita Vaz. **Diário da Justiça eletrônico**, 1 ago. 2011.

_____. Habeas Corpus 177.566 Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Jorge Mussi. **Diário da Justiça eletrônico**, 29 ago. 2011.