

EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

FERNANDO TOURINHO FILHO*

Após meditar sobre o problema da lei processual penal no tempo, e malgrado tudo quanto dissemos em nossos trabalhos sobre Processo Penal, estamos nos convencendo de que o art. 2º do CPP, em vigor desde 1942, deve ser interpretado à luz da Constituição atual. À época da promulgação do nosso Código de Processo Penal, como vivíamos num estado de exceção, era natural e compreensível fossem estatuídas normas inflexíveis para assegurar a estabilidade da "nova ordem", e o Processo Penal servia de instrumento de dominação em mãos das classes detentoras do poder. Se, na Itália, Mussolini criou o "Tribunal de Defesa do Estado", nós aqui o acompanhamos com o nosso Tribunal de Segurança Nacional, de triste memória.

JAMES GOLDSCHMIDT, no seu "*Problemas generales de derecho*" (Buenos Aires: EJEJA, 1961, p. 109), salientava que "los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritários de su Constitución".

Não se pode negar que o Código de Processo Penal italiano de 1930 exerceu notável influência entre nós, nomeadamente em nossos legisladores e naqueles que primeiro comentaram o Código de Processo Penal brasileiro: BENTO DE FARIA, ARI FRANCO, BORGES DA ROSA, EDUARDO ESPINOLA FILHO, FREDERICO MARQUES, entre outros. A Constituição de hoje não foi aquela que inspirou o legislador de 1941. Tínhamos até prisão preventiva obrigatória... No Júri, se o réu não fosse absolvido por unanimidade não podia apelar em liberdade... O art. 594, na sua redação primitiva, dispunha que o réu não podia apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança... salvo se condenado por crime de que se livrasse solto... Mas, se atentarmos para o fato de que a Constituição procura preservar e resguardar o direito de liberdade, reputando inocente aquele ainda não definitivamente condenado; se considerarmos que nos tempos de hoje várias figuras delituais penais já foram descriminalizadas (sedução,

* Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Araraquara/SP (UNTARA).

adultério, rapto); se considerarmos que passamos, inclusive (*mirabile dictu!*), a adotar o processo consensual nas infrações de menor potencial ofensivo (que arrebanha dezenas e dezenas de crimes e todas as contravenções); se considerarmos a possibilidade de suspender condicionalmente o processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95...; se considerarmos que nos dias atuais a regra é o apelo em liberdade e a exceção é a exigência do seu recolhimento ao presídio, sem prejuízo do processamento do seu apelo, é hora de maior reflexão.

Já estamos admitindo, por força do art. 397 do CPP, introduzido pela Lei n. 11.719, de 20-6-2008, um julgamento antecipado. Por isso mesmo passamos a conceber o Processo Penal apenas como instrumento para a aplicação da lei penal, como garantia de um processo justo, em que as partes se enfrentam com paridade de armas — *equality arms* —, e não como instrumento de constrangimento ao direito de liberdade, visto que a lei não pode ser um espectro da opressão, e, nessa linha, inadmitir a aplicação de qualquer norma processual penal que eventualmente possa violentar o direito de liberdade. Já se disse que as normas processuais penais representam “um prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e garantias individuais”. Ora, se a Constituição dedica todo um capítulo aos direitos e garantias fundamentais do homem, destacando-se o da presunção de inocência, parece não fazer sentido possa ser elaborada norma processual penal que arroste esse princípio. Pelo contrário, deverá afirmá-lo, consonando-se e com ele se harmonizando.

A lei processual penal retroage? Em matéria de lei processual penal, o princípio estabelecido é o de que ela “provee únicamente para el futuro, o sea, en orden a todos los procedimientos y a todos los actos procesuales que están aún por cumplirse en el momento en que entra en vigor, salvo las excepciones establecidas por la misma ley” (cf. VINCENZO MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEJA, 1951, p. 230).

Aliás, o princípio geral é o de que as leis são feitas para o futuro e não para o passado. Lógico. Quando o Estado elabora nova lei, é de supor que a anterior já não atende aos reclamos sociais. E, em decorrência da elaboração de nova lei, surge, então, um conflito de leis no tempo. Qual das duas deve prevalecer? A anterior ou a nova? Se a lei é feita para o futuro, segue-se que é irretroativa, isto é, não se aplica aos fatos que ocorreram antes da sua vigência. Daí o princípio geral da irretroatividade das leis. Se o Estado erige um fato (até então lícito) à categoria de crime, por óbvio que a lei nova não pode retroagir para incidir sobre aquele fato praticado na época em que era lícito. Se isso fosse possível, diz Maggiore, falando por toda a doutrina, todo cidadão teria de transformar-se em vidente ou profeta para prever, à distância de anos, os fatos que um dia seriam inscritos no rol dos delitos; e toda a sociedade ficaria num estado de insegurança e de angústia ao ver abolidas as linhas de demarcação entre o lícito e o não lícito (G. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Bogotá: Themis, 1954, vol. 1, p. 198).

Por outro lado, se a lei nova descriminaliza fato até então considerado crime ou se a lei nova beneficia o réu de algum modo, sua retroeficácia é de rigor. Di-lo, às expressas, a nossa Carta Magna, no inc. XL do art. 5º. A solução *in mitius* (suave, doce) das leis incriminadoras embora date do século XIV, entrou na nossa Constituição em 1934 (art. 113, inc. 27), permanecendo até hoje. Princípio eminentemente ético.

E se se tratar de lei processual penal? A regra, como se infere do art. 2º do CPP, é a da sua incidência imediata. *Verbis*: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

O simples fato de haver o art. 2º acentuado "... sem prejuízo da validade dos atos realizados na vigência da lei anterior" indica, de logo, não ser retroativa a lei processual penal, pois, se fosse, o legislador teria invalidado os atos processuais praticados até a data da vigência da lei nova. Não o fez. Mantevos. Logo, em princípio, não há falar em retroatividade. A regra é esta: *tempus regit actum* (o tempo rege o ato). Entenda-se: quando se tratar de norma que diga respeito a procedimento. Assim, se o Juiz arbitrou a fiança em "X" e logo a seguir é elaborada nova lei aumentando o valor da caução, por óbvio essa nova lei não terá aplicação porque, quando do seu surgimento, o ato já havia sido praticado. E se a fiança ainda não foi arbitrada? Quer-nos parecer que a lei velha deve ter ultra-atividade. E se a nova lei estabelecer valor inferior? Parece-nos que, nessa hipótese, o mesmo princípio ético que autoriza a aplicação da lei mais suave (*la loi plus douce*) deve ser observado, mesmo porque a lei penal e a lei processual penal devem atuar como garantia dos direitos individuais.

A propósito, ensina GIOVANNI LEONE no seu *Manuale*: "La disciplina della norma processuale nel tempo va approfondita com molta attenzione soprattutto nel classificare una norma come sostanziale o processuale, stante la diversa regolamentazione (per la norma penale infatti vigono principi particolari: art. 2 c.p.). Ma anche per le norma strettamente processuali occorre accertare se esse esprimano garanzie per l'imputato che nascono dalla Costituzione; per esse si pone il problema della legge piú favorevole non diversamente da quello che vale per la norma sostanziale" (*Manuale di diritto processuale penale*, Napoli: Ed., Jovene, 1971, p. 23). (A disciplina da norma processual no tempo deve ser examinada com muita atenção, sobretudo no classificar uma norma como penal ou processual, tendo em vista sua regulamentação (para a norma penal vigoram princípios particulares: art. 2º do CP). Mas, ainda que as normas sejam estritamente processuais, resta indagar se elas exprimem garantias para o imputado decorrentes da Constituição; para elas vigora o princípio da lei mais favorável tal como se dá com a lei penal — tradução livre).

Ora, se a Constituição estabelece uma série de garantias individuais, punindo, inclusive, os atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais

(art. 5º, XLI), firmando um limite no sentido de que a ordem estatal não possa subjugar liberdades públicas, ao contrário, deve reprimir, nos termos legais, injunções e atentados aos direitos humanos (UADI LAMMÊGO BULOS, *Constituição Federal anotada*, São Paulo: Saraiva, 7ª ed. p. 259), e se a Magna Carta permite a retrotração da lei penal mais branda, é perfeitamente lícito, a nosso sentir, à maneira de BINDER, falarmos em lei penal em sentido amplo (ALBERTO M. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 134). Se há uma profunda relação entre a lei penal propriamente dita e a lei processual penal no que tange ao controle sobre a arbitrariedade no exercício do poder estatal (BINDER, *Introducción*, cit. p. 134), é indubitoso que a norma processual nova que beneficie o acusado deva retrotrair, amenizando a situação dele, mesmo porque não faz sentido ser retroativa uma lei penal nova que passou a cominar pena mais branda a um fato cometido na vigência da lei velha e ao mesmo tempo não aplicar a lei processual nova que diminuiu o valor da fiança ou que não mais admita, p. ex., a safada prisão preventiva “para garantia da ordem econômica”, sem laivos de cautelaridade.

No entanto, se surge uma lei nova, nitidamente processual, passando a adotar o procedimento oral em lugar do escrito, diminuindo ou alargando prazos, alterando o rito (como aconteceu recentemente com o advento da Lei nº 11.719/2008), nada impede sua aplicação imediata, porquanto, até aí, não haverá nenhuma invasão nos direitos fundamentais do homem e do cidadão. Como assinala Binder, se uma lei processual não admite possa o réu, antes do interrogatório, ter uma entrevista reservada com o seu Advogado e, em seguida, surge nova lei admitindo essa entrevista, é claro que a nova lei deverá ter retroeficácia, isto é, será feito novo interrogatório nos moldes da nova lei, ficando sem efeito o primeiro (*Introducción*, cit. p. 137). Mas, se a lei nova implicar qualquer maltrato a direito fundamental, por óbvio não terá aplicação, quer no presente, quer no futuro, em face da sua absoluta inconstitucionalidade. Mais ainda: sabe-se que o princípio da presunção de inocência é dogma constitucional. Sendo-o, não faz sentido qualquer medida cautelar que implique uma restrição ao direito de liberdade, salvo se for manifestamente necessária. BECCARIA proclamava, há mais de duzentos anos: “O acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime” (*Dos delitos e das penas*, São Paulo, Edipro, trad. Paulo M. Oliveira, 2003, p. 58). Aliás, Alguns autores, como ALBERTO BINDER, restringem os motivos que autorizam a prisão preventiva, reduzindo-os apenas àquele consistente no perigo de fuga (*Introducción*, cit., p. 199). Ora, se o réu é “presumidamente inocente”, parece-nos que a norma processual deve seguir o mesmo destino das leis penais, salvo quando tiver um caráter estritamente processual e não diga respeito à liberdade do cidadão.

É como pensamos, concordando com PAULO QUEIROZ (*Direito penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 112). Na verdade, se um dos objetos da Constituição, como dizia o mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 42) é “assegurar os direitos

e garantias dos indivíduos”, não teria sentido a aplicação de uma lei processual mais severa a processos que estivessem em curso, e, se por acaso fosse mais branda, também não teria sentido a proibição da sua retroeficácia. Como não faz sentido, num Estado democrático de direito, o Juiz, de ofício, decretar prisão preventiva, ordenar provas não solicitadas e requisitar inquérito policial.

Melhor será que na reforma que se anuncia sejam adotadas as disposições constantes do art. VII, incisos I, 2 e 3, do mais recente Código de Processo Penal da América Latina, vale dizer, o *Código Procesal Penal* do Peru. *Verbis*:

“Vigência e interpretação de la ley procesal penal:

1. La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite...

2. La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable ao imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluídos, si fuere posible.

3. La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente.”

Por outro lado, não se deve deslembrar de que há normas processuais com intenso conteúdo penal. Nesses casos, e com maior razão, admite-se a retroatividade, em face da sua dupla natureza. Assim uma norma sobre queixa ou representação, mesmo porque, se esta ou aquela não for feita no prazo legal, haverá decadência, que é causa extintiva da punibilidade, e as normas sobre causa extintiva de punibilidade são de direito penal (logo, retroagem)...

Ninguém duvida de que uma lei que subordina a propositura da ação penal à representação seja mais benigna que outra que não faz tal exigência. Daí dizer BATTAGLINI: “Che la disposizione attinente alla querela voglia dire una minore severità della legge, é fuori di dubbio. Infatti, se si esige la querela, può darsi che il leso - per questo o per quel motivo utilitario (esempio: conseguita riparazione del danno) o no - rinunci al suo diritto o che non si quereli oppure che revochi la già sporta doglianza” (*La querela*, Torino, Tipografia Torinese, 1958, p. 176).

Certo que toda condição de procedibilidade representa um “plus” para o exercício do *jus perseguendi* e, por isso, é sempre mais favorável. Na hipótese da representação, ou querela, para os italianos (*antrag*, dos alemães e *plainte* dos franceses), ela representa algo mais: o seu não-exercício, no prazo previsto em lei, acarreta a extinção da punibilidade. Razão pela qual pensamos seja invocável o disposto no art. 2º e parágrafo do CP.

A matéria, contudo, não é pacífica.

No sentido de se aplicar, na hipótese de representação, a lei mais benigna, vejam-se: JIMENEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Louzada, p. 581); MANZINI (*Derecho Procesal Penal*, trad. S.S. Melendo, Buenos Aires, EJE, 1951, pp. 231-2); FRANCESCO ANTOLISEI (*Manual de derecho penal*, trad. Juan del Rosal e Angel Torio, Argentina: UTHEA, 1960, p. 89): "... la cuestión debe resolverse afirmativamente y, por ello, considerarse más favorable la ley que para la perseguibilidad del delito exige la querrela". No mesmo sentido, G. BATTAGLINI (*La querrela*, cit., p. 178): "...il processo pendente, iniziato d'ufficio, verrà da quel momento a trasformarsi in processo a querrela, cosicchè, a meno che la querrela non venga presentata, esso dovrà chiudersi con pronuncia di proscioglimento (di carattere meramente processuale)".

Contra: GRISIGNI (*Diritto penale It.*, v. 1, p. 365, nota 13); FREDERICO MARQUES (*Tratado de Direito Penal v. I*, p. 213), com certa mitigação: "... mas se a acusação pública já foi intentada e a instância já se instaurou, não incide a lei nova porque não há que falar-se em decadência ou renúncia da representação".

Com o advento da Lei nº 9.099/95 ao estatuir no art. 88 que os crimes de lesão corporal leve e culposa são de ação penal pública subordinada à representação, toda a doutrina admitiu, com aplausos dos Tribunais, que em se tratando de norma processual penal com prevalente caráter penal, devia ser aplicada aos processos em curso. E foi o que se fez. Os Tribunais, dezenas de vezes, determinaram a remessa dos autos, em face de recurso à primeira instância para a colheita da manifestação do ofendido, no prazo de 30 dias, conforme dispôs o diploma legal.

Ao lado dessa retroatividade, há mais: quando se trata de queixa ou de representação, p. ex., o prazo para o seu exercício é contado de acordo com o art. 10 do CP, e não nos termos do art. 798, §§ 1º e 3º, do CPP. E é assim precisamente em face do relevante conteúdo penal (e benéfico) que apresentam as normas que cuidam da queixa e da representação.

E quanto ao protesto por novo júri previsto nos arts. 607 a 608 do CPP afastado do nosso ordenamento pela Lei nº 11.689/2008?

Tratando-se, como se trata (a nosso juízo), de normas processuais materiais (híbridas), sua ultra-atividade é manifesta. Mais ainda: se a Constituição, no art. 5º, LV, dispõe que: "... e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes", mais que evidente que, reconhecendo o inc. XXXVIII do mesmo art. 5º a instituição do Júri, assegurando-lhe a plenitude de defesa..., e sendo esta um *plus* bem acentuado da "ampla defesa", um ou dois degraus a mais, se a esta foram assegurados os recursos a ela inerentes, com mais razão, àquela também são assegurados os recursos dela inseparáveis. Quais? Entre outros, o recurso em sentido estrito, a apelação, o protesto por novo júri, os embargos infringentes, com especial ênfase para o protesto, o mais inseparável, pela sua própria

natureza e finalidade, da instituição do Júri. E como a plenitude de defesa é cláusula pétrea, a exclusão do protesto causou-lhe dano irreparável. Manifesta sua inconstitucionalidade, ou, se assim não for, pelo menos em face do seu caráter híbrido, é aplicável aos homicídios dolosos que ocorreram antes da vigência daquele diploma alterador.

Exemplos de aplicação da nova lei:

- a) Pedro cometeu um crime de homicídio culposo em 2007. O processo estava em curso quando, em junho de 2008, surgiu nova lei dizendo que nos crimes cuja pena máxima não atinja 4 anos, na audiência de instrução, o réu será ouvido por último. A audiência para ouvida das testemunhas da acusação estava designada para setembro de 2008. Aplica-se a lei nova e o réu fará jus a novo interrogatório após a coleta de todas as provas.
- b) Em maio de 2008 foi oferecida denúncia ou queixa em relação a Mévio. O Juiz, ao receber os autos, proferiu decisão recebendo a peça acusatória e determinou fosse o réu citado para o interrogatório designado para setembro daquele ano. Em agosto entra em vigor a Lei nº 11.719 de 20-6-2008, proclamando que se a denúncia ou queixa não for rejeitada liminarmente o réu ou querelado deverá ser "citado" (*rectius*: notificado) para dar a sua resposta. Aplica-se a lei nova, ficando prejudicada a audiência designada para o interrogatório.

Dizíamos anteriormente: se lei nova dispuser de modo diferente sobre fiança ou prisão preventiva, terá incidência imediata, a menos que o legislador, expressamente, determine tenha a lei mais benigna ultra-atividade ou retroatividade. Em sentido contrário, invocando a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, MIRABETE (*Código de Processo Penal interpretado*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 79), CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA (*Comentários ao Código de Processo Penal*, São Paulo, Edipro, 2002, v. 1, p. 102) e GUILHERME NUCCI (*Código de Processo Penal comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 53). A Lei de Introdução ao CPP dizia respeito aos "processos em curso", mesmo porque estávamos alterando, profundamente, o nosso ordenamento processual penal, e, como diz GIOVANNI LEONE, em casos de sucessão de leis processuais, de ordinário ditam-se normas particulares com o propósito de evitar os prejuízos e as incongruências resultantes da brusca passagem de um ordenamento processual para outro (*Trattato*, cit., v. 1, p. 86). E, mais adiante, observou: "o conteúdo das normas de direito transitório não tem consistência atual". Nesse sentido, também, FREDERICO MARQUES (*Elementos de processo penal*, cit., v. I, p. 52); CARLOS MAXIMILIANO (*Direito intertemporal*, 2. ed., 1955, p. 298); LAURIA TUCCI (*Direito intertemporal e a nova codificação processual penal*, São Paulo, Bushatsky, 1975, p. 21).

EDUARDO MASSARI, citado por FREDERICO MARQUES, observa: "se a lei nova introduz disciplina mais rigorosa no tocante ao instituto, os dispositivos le-

gais posteriores são aplicáveis também aos crimes cometidos precedentemente; por consequência, se a lei anterior não autorizava a expedição de mandado de prisão, ou o considerava facultativo em lugar de obrigatório, não pode o réu invocar essa liberalidade da lei do tempo em que o crime foi cometido, devendo, ao contrário, vigorar os preceitos novos embora mais rigorosos" (*Elementos*, cit., v. 1, p. 53). No mesmo sentido CARLOS MAXIMILIANO (*ibidem*). E comungávamos desse entendimento.

Meditando sobre o tema, observamos, ao contrário do que dizíamos, que se lei processual penal nova disser respeito a qualquer ato que envolva o direito de liberdade (fiança, medida cautelar de cunho pessoal, p. ex.), aplica-se-lhe a mesma regra que rege a lei penal no tempo: *benigna amplianda, odiosa restringenda*.