

Legalidade estrita e vigência da lei processual penal: exceção à regra *tempus regit actum*

Roberto Delmanto Junior

Conforme cediço, não é aceitável, em um Estado Democrático de Direito, a existência de medidas processuais penais que afetem o exercício do direito à liberdade do cidadão, se não tipificadas, *objetivamente*, em lei (garantia da **legalidade estrita**), bem como impostas somente quando absolutamente *necessárias, adequadas ao fim proposto e proporcionais* (Constituição da República, art. 5º, II e LXV; art. 93, IX; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, art. 9º, 1 e 3, 3ª parte; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, 2 e 3), e, ainda, *com prazos razoáveis* de duração (Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, art. 9º, 3, 2ª parte *c/c* o art. 14, 3, c; Con-

venção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, 5, 2ª e última partes).

Nessa esteira, conforme veremos, não há que se falar — tratando-se de restrições à liberdade do acusado —, em um chamado “poder geral de cautela” do órgão jurisdicional.

Aliás, em consonância com esse entendimento, devem ser **refutadas normas processuais penais absolutamente vagas e imprecisas**, que, dada à sua demasiada amplitude, acabam ofendendo a própria cláusula do devido processo legal (entendida como um verdadeiro *feixe de garantias*) e, também, o real e único sentido da garantia constitucional da estrita legalidade, eixos sobre os quais se sustenta o nosso Estado Democrático de Direito.

A propósito, a ênfase com a qual **Celso Ribeiro Bastos** trata da garantia da legalidade é oportuna. Assevera que esta “*surge como uma das vigas mestras de nosso ordenamento jurídico*”, posto que por ela é que o Estado de Direito mais se afirma. Salienta que, por um lado, é ela de “*transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o absolutista... Aqui havia lugar para o arbítrio. Com o primado da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei que se presume ser a expressão da vontade coletiva*”. Por outro lado, anota que o império da legalidade “garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio ▶

▷ Judiciário. Instaura-se, por consequência, uma mecânica entre os Poderes do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja, o Legislativo, obrigar aos particulares”¹.

Adiante, o mesmo autor escreve que o Executivo e o Judiciário “só compelem na medida em que atuam a vontade da lei. Não podem, contudo, impor ao indivíduo deveres ou obrigações ex novo, é dizer, calcados na sua exclusiva autoridade”. É assegurada, ao particular, “a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei”².

Mais precisamente acerca da persecução penal, é de se registrar o pensamento de **Eládio Escusol Barra**, no sentido de que se o processo penal expressa garantia, ele não pode se separar do “**direito objetivo escrito**”³, não havendo, em matéria de imposição de restrições às liberdades do acusado ou à sua defesa, um chamado “**poder geral de cautela**” do juiz, como também adverte **Antonio Magalhães Gomes Filho**⁴.

Nessa linha encontra-se o art. 13 da Constituição italiana, que, a título de direito comparado, nos serve de referência, *verbis*:

“*La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, nè qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantaotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva*”⁵.

Reafirmando o entendimento acima exposto, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em acórdão unânime proferido por sua 3ª Turma, decidiu:

“*I. O poder geral de cautela para imposição de restrições ao direito de locomoção somente pode ser admitido com o amparo no princípio da estrita legalidade, conforme assim o determinam princípios constitucionais, dentre outros, o da legalidade, o da liberdade de locomoção e o da presunção de inocência (art. 5º, incisos II, XV e LVII, da Constituição Federal).*

“*II. O Poder Judiciário não pode impor restrições ao direito de locomoção que não foram expressamente instituídas pelo legislador.*

“*III. No caso, não há justificativa fática para que se proíba o paciente de ausentar-se do País sem prévia autorização judicial, vez que o próprio juiz explicitamente afastou a necessidade de imposição de prisão preventiva, dizendo que o paciente, como os demais co-réus contra quem a medida restritiva fora requerida, não ameaçavam o bom andamento da instrução criminal, nem havia indícios de que pretendiam furtar-se ao processo ou à aplicação da lei penal.*

“*IV. Ordem que se concede, para casar a decisão impugnada*”⁶.

Afora a questão da inexistência de um chamado “poder geral (indefinido e ilimitado, portanto) de cautela”, sobretudo em matéria de restrições à liberdade, é de se registrar, ainda, a existência de outro tema, acerca da garantia da legalidade, que suscita polêmica.

Trata-se da possibilidade de se admitir, em casos especiais, a **ultratividade de normas processuais penais** revogadas ou derogadas, desde que a nova lei imponha maiores restrições às liberdades públicas do acusado durante o processo, bem como à sua defesa.

Nesse âmbito, a doutrina, de forma praticamente unânime, entende que as normas processuais penais, a exemplo do que ocorreria igualmente com as de execução penal, são aplicáveis de imediato, em consonância com a máxima *tempus regit actum*.

Com efeito, esse é o entendimento que se depreende da leitura do art. 2º do Código de Processo Penal, *verbis*:

“*A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*”.

Analisando esse preceito, **Rogério Lauria Tucci** aduz, quanto ao princípio *tempus regit actum*, que duas são as regras fundamentais: “*a) irretroatividade de nova lei processual penal, de sorte que os atos realizados em conformidade com as disposições da antiga permaneçam válidos; e b) imediatidade da nova lei processual, que passa a disciplinar o desenvolvimento restante do processo*” (v. **Giovanni Leone**, “*Trattato di Diritto Processuale Penale*”, Napoli, 1961, v. 1, p. 86, nº 1; e “*Manuale di Diritto Processuale Penale*”, 8ª ed., Napoli, 1971, pp. 22-3, nº 25; **Gaetano Foschini**, “*Sistematica*”, cit., vol. 1, p. 491, nº 205)”⁷.

Complementando sua linha de raciocínio, afirma, ainda, que, “*por competir ao Estado disciplinar, como melhor entender: a administração da justiça, é de se presumir seja a nova lei mais perfeita que a precedente, quer para a proteção do interesse coletivo, quer, também, no Estado de Direito, para tutela dos direitos individuais dos membros da comunhão social: como enfatiza, a respeito, **Edgard Magalhães Noronha** (‘Curso de Direito Processual Penal’, 10ª ed., São Paulo, 1978, p. 12, nº 5), ‘o fundamento da aplicação imediata da lei processual é que se presume seja ela mais perfeita do que a anterior, por atentar mais aos interesses da Justiça, salvaguardar melhor o direito das partes, garantir defesa mais ampla ao réu etc.’*”⁸.

É de se registrar, porém, que esse posicionamento, tradicionalmente assentado, tem sido questionado, **mesmo porque a lei nova não é, sempre, mais garantista do que a lei antiga**. Para tanto, basta nos reportarmos à Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), à Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95) e à Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), que tratam não só de matéria penal, mas, também, processual penal, impondo, neste âmbito, maior rigor no tratamento dispensado ao acusado e à sua defesa.

Com efeito, **Américo A. Taipa de Carvalho**, lembrando **Georges Levasseur**, escreve:

“*O princípio da proibição da retroatividade da lei penal — que, servindo de garantia política contra a arbitrariedade legislativa, judicial ou penitenciária na função punitiva, tutela, portanto, a liberdade e os direitos fundamentais do cidadão — aplica-se a todo direito repressivo. E, segundo **Levasseur**, ‘o direito repressivo, em cada um dos seus aspectos, limita e ameaça a liberdade dos cidadãos, pelo que as regras que ele estabelece são impostas sob a mais estrita necessidade. É assim para as leis do processo e da condução do processo penal, e para as leis e regulamentos sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança’.*

Nesta linha, afirma: “*A regra da não-retroatividade das leis repressivas, ligada como está ao princípio da legalidade da repressão, deve ter logicamente o alcance deste princípio, isto é, aplicar-se a todas as leis repressivas, a todas as regras concernentes à tarefa dos poderes públicos na luta contra a delinquência, desde a investigação das infrações até ao termo da execução da sanção pronunciada*”⁹.

▷ Fazendo distinção entre normas de direito processual penal com conteúdo material e normas processuais penais formais, aduz o mesmo autor:

“O esquecimento prático desta especificidade e autonomia do processo penal, aliado a um viciado método de dedução conceitualístico-formal, conduziu à aceitação superficial do princípio da aplicação imediata das leis processuais penais na sua globalidade. (...)”

.....
 Numa palavra: menosprezavam-se as raciones jurídico-política e político-criminal da aplicação da lei penal favorável e descurava-se a distinção entre normas processuais penais materiais e normas processuais penais formais. ‘Esquecia-se’ que as primeiras (de que são exemplos, como já referimos, a queixa, a prescrição, as espécies de prova, os graus de recurso, a prisão preventiva, a liberdade condicional) condicionam a efectivação da responsabilidade penal ou **contendem directamente com os direitos do argüido ou do recluso, enquanto que as segundas (de que são exemplos as formas de citação ou convocação, a redacção dos mandados, as formas de audição e registro dos intervenientes processuais: estenografia, vídeo etc., prazos de notificação do argüido, formalidades e prazos dos exames periciais, formalidades e horários das buscas), regulamentando o desenvolvimento do processo, não produzem os efeitos jurídicos-materiais derivadas das primeiras”.**

Por fim, **Taipa de Carvalho**, ao criticar a doutrina dominante, observa:

“Não se deu já o caso de haver quem pensasse aprovar uma lei que alargasse os prazos da prisão preventiva, com o objectivo de aplicar imediatamente essa ‘ansiada’ nova lei a determinada categoria de presos preventivos, invocando-se, pateticamente, que, além de tal ser do ‘interesse público’, juridicamente a tal nada haveria a opor, pois que tal lei, ao ser aplicada imediatamente, não violava a proibição constitucional da retroactividade da lei penal desfavorável, uma vez que se aplicava a um prazo que ainda estava a correr, a uma situação que não era do passado?!...”¹⁰

Referindo-se ao autor acima transcrito, **Jorge de Figueiredo Dias**, a seu turno, escreve:

“Princípio da legalidade

O primeiro — e provavelmente, ainda hoje, o mais importante — princípio que deve continuar a dominar a política crimi-

nal é o da sua conformidade com a idêia de Estado de Direito ou, nesta acepção, o princípio da legalidade. Só que o princípio deve agora ultrapassar, numa dupla direcção, o seu conteúdo tradicional: deve, em certa medida, estender-se à matéria do processo penal; e deve, no que aqui sobretudo interessa, abarcar no seu âmbito a definição das medidas de segurança e das condições da sua aplicação: tanto no plano das fontes formais, como no da proibição de retroactividade e do recurso à analogia contra reo”¹¹.

Com efeito, não é pelo simples fato de uma norma estar inserida em um Código de Processo, que ela passa a ostentar a qualidade de norma de cunho estritamente processual. Aliás, inúmeras são as regras constantes de nossa lei adjetiva penal que, no fundo, são normas de direito penal, bastando, para tal verificação, nos reportarmos, entre outras, às regras atinentes à prescrição e à decadência, que encontram disciplina tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal... Aqui, diante da prevalência do conteúdo material dessas normas, não há qualquer obstáculo à ampla incidência do primado de que a lei penal não deve retroagir, salvo para beneficiar o acusado, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República.

Por outro lado, não obstante o processo penal, evidentemente, jamais possa encerrar punição, **existem normas processuais penais que, apesar de estritamente adjetivas, afetam direta ou indirectamente o gozo e/ou a amplitude da incidência de direitos e garantias fundamentais** previstos em nossa *Magna Carta*, como os direitos à liberdade provisória, à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, à excepcionalidade de qualquer modalidade de prisão provisória, à prisão especial etc.

Quanto a essas últimas, as considerações de **Taipa de Carvalho** se fazem pertinentes, sobretudo em casos, podemos imaginar, de uma nova lei que, tratando de matéria processual penal, venha, por exemplo: **1)** restringir o número de testemunhas de defesa, em processos por crime apenado com reclusão, reduzindo-as de oito para quatro (CPP, art. 398); **2)** aumentar a pena para o protesto por novo júri, de vinte para vinte e cinco anos de reclusão (CPP, art. 607); **3)** estipular uma nova modalidade de prisão provisória, como ocorreu com a criação da prisão temporária; **4)** bem como, impor maior rigor à liberdade provisória, ou, então, mesmo que contrariamente à

Constituição da República, vedá-la de forma absoluta, como se verifica dos termos da Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, II, 2ª parte), da Lei de Lavagem de Dinheiro (art. 3º) e da Lei do Crime Organizado (art. 7º).

A questão, sem dúvida, é polêmica e merece, acreditamos, novas discussões. De qualquer forma, em nosso entendimento, leis processuais penais que incidam sobre direitos individuais como a liberdade, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição, restringindo-os de qualquer maneira em relação à lei processual penal anterior, não devem aplicar-se a processos por fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor, abrindo-se exceção, pelos motivos aqui expostos, e nesse estrito âmbito, à regra *tempus regit actum*.

Notas Bibliográficas

¹ “Comentários à Constituição do Brasil”, São Paulo, Saraiva, 1989, vol. II, págs. 23 e 24. A respeito, é interessante a distinção que **Pinto Ferreira** faz entre “princípio da legalidade” e “princípio da reserva legal”, anotando que o primeiro “significa a sujeição e subordinação do comportamento às normas e prescrições editadas pelo Poder Legislativo”, ao passo que o segundo, reserva legal, é decorrência do primeiro, na medida em que há matérias que a Constituição só autoriza a normatização mediante lei (“Comentários à Constituição Brasileira”, São Paulo, Saraiva, 1989, vol. I, pág. 66). Conferir, também, **Alberto Zacharias Toron**, “Retenção do Passaporte do Acusado: Constrangimento Ilegal”, in *Bol. IBCCRIM*, nº 88, março de 2000, pág. 15, citando, inclusive, precedente do Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma, HC 4.252-SP, j. 5.3.1996, DJU 24.2.97).

² *Idem, ibidem*.

³ “Manual de Derecho Procesal-Penal”, Madri, Editorial Colex, 1993, págs. 87 e 89.

⁴ “Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 57.

⁵ Cf. **Giuseppe e Rodolfo Bettiol**, “Istituzioni di Diritto e Procedura Penale”, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1993, págs. 138 e 139.

⁶ *Habeas Corpus* nº 1999.02.01.058420-4, relatora desembargadora **Maria Helena Cisne**, j. 25.4.00, DJU 4.7.00, pág. 123, in *Bol. IBCCRIM* nº 94, setembro 2000, jurisprudência, pág. 480.

⁷ “Persecução Penal, Prisão e Liberdade”, Saraiva, 1980, págs. 10 e 11.

⁸ *Idem, ibidem*.

⁹ “Sucessão de Leis Penais”, Coimbra Editora, 1990, pág. 221. A obra de **Georges Levasseur** citada pelo autor é intitulada “Opinions Heterodoxes sur les Conflits de Lois Répressives dans le Temps”, in “En Hommage a Jean Constant”, Liège: Faculté de Droit, 1971, nº 125, págs. 198, 206 e 207.

¹⁰ *Idem*, pág. 230.

¹¹ “Direito Penal Português”, Lisboa, Aequitas, 1993, págs. 71 e 72.

Roberto Delmanto Junior é advogado, mestre e doutorando em processo penal pela FDUSP e membro-conselheiro do Instituto Manoel Pedro Pimentel.