

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Filipe Cesar Lopes

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

Belo Horizonte
2014

Filipe Cesar Lopes

**O PROCESSO COMO GARANTIA DE INAPLICABILIDADE
IMEDIATA DA LEI PROCESSUAL PENAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros.

**Belo Horizonte
2014**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L864p	Lopes, Filipe Cesar O processo como garantia de (in)aplicabilidade imediata da lei processual penal no estado democrático de direito / Filipe Cesar Lopes. Belo Horizonte, 2014. 122f. Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. 1. Leis - Retroatividade. 2. Processo penal. 3. Hermenêutica (Direito). 4. Estado de direito. I. Barros, Flaviane de Magalhães. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
-------	--

SIB PUC MINAS

CDU: 343.1

Filipe Cesar Lopes

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

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros (Orientadora). PUC Minas
<http://lattes.cnpq.br/1159840059123495>

Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques. PUC Minas
<http://lattes.cnpq.br/5388381867392010>

Professora Doutora Edilene Lôbo. UIT
<http://lattes.cnpq.br/6348105561410653>

Professora Doutora Daniela Villani Bonaccorsi. PUC Minas (Suplente)
<http://lattes.cnpq.br/5950527214469191>

Belo Horizonte, 24 de abril de 2014.

Dedicatória

Primeiramente a Ele, o Criador dos céus e a terra.

À Helen por não medir esforços para que esse sonho se realizasse e pela palavra amiga
quando tudo parecia estar perdido.

Aos meus amados pais pelo amor e carinho incondicional.

Aos meus irmãos pelo companheirismo e compreensão nos momentos de ausência.

Aos professores por todos os ensinamentos.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ter me sustentado até aqui, e renovado as minhas forças para que esse trabalho fosse concluído.

À minha esposa, Helen, por compreender as minhas tantas ausências nos eventos sociais ou até mesmo em casa, quando precisava me recolher para a elaboração desse trabalho.

Aos meus pais e irmãos, pelo apoio incondicional para que esse projeto fosse levado adiante.

À minha orientadora, Prof^a. Dra. Flaviane de Magalhães Barros, pela orientação acadêmica e pelos tantos ensinamentos ao longo dessa jornada.

Aos colegas de mestrado, pelo constante diálogo e pela amizade que ao longo do curso foi se estreitando cada vez mais, em especial, Camilla, Roberta, Gabriela e Leonardo.

À Dra. Denise Mundim, uma das principais incentivadoras para que ingressasse no mestrado da PUC Minas.

Aos mestres de ontem, hoje e sempre, os quais me ensinaram o valor dos estudos, principal ferramenta de transformação social.

Aos professores do programa de pós-graduação em Direito da PUC Minas: Profs. Antônio Cotta Marçal, Carlos Augusto Canêdo da Silva, Leonardo Augusto Marinho Marques, Lusía Ribeiro, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Rosemiro Pereira Leal, por todo o ensino transmitido ao longo dessa jornada de 02 (dois) anos.

A todos os funcionários da secretaria do programa de pós-graduação em Direito da PUC Minas, pela paciência e disponibilidade com que sempre me atenderam, jamais se furtando de oferecer os melhores esclarecimentos possíveis.

Aos funcionários da Biblioteca da PUC Minas, principalmente à Isabella de Brito Alves, que com muita prontidão e empenho, não mediu esforços para me auxiliar no encontro de obras tão raras e caras à minha pesquisa.

Enfim, todos aqueles que direta ou indiretamente colaboraram para que esse sonho fosse concretizado.

RESUMO

A dissertação a seguir apresenta um estudo acerca da sucessão entre normas processuais penais no tempo alinhado ao paradigma jurídico procedimental. No curso do trabalho, são alinhavados os principais institutos do direito intertemporal, no intuito de clarificar a compreensão dos efeitos que a lei nova exerce sobre a realidade fática por ela disciplinada. É de se ver que as teorias do direito intertemporal ainda recebem grande influência do positivismo jurídico, pois se utilizam do esquema lógico-dedutivo, na tentativa de encontrar uma única resposta correta para as demandas jurídicas. Na seara do direito processual penal, essa perspectiva positivista se traduz no estabelecimento do princípio *tempus regit actum* ou princípio da imediatidade, que apesar de estabelecer a aplicação imediata da nova lei processual penal, ressalvada a validade dos atos processuais realizados sob a égide da lei antiga, não esclarece a noção de *tempus* e *actum* que estão tratando. Contudo, o advento do giro hermenêutico trouxe uma nova forma de se pensar o direito, invertendo a lógica da argumentação, fazendo partir a solução do caso concreto em direção à norma mais adequada dentre todas as normas *prima facie* aplicáveis. E na busca por uma epistemologia adequada ao conhecimento jurídico, é preciso reconhecer que a teoria do processo como relação jurídica não atende aos ditames de um Estado Democrático de Direito, pois suas formulações teóricas foram erigidas no contexto de um Estado Social, despreocupado com a construção de um direito democrático. Desse modo, fazendo um aporte nas teorias do processo como procedimento em contraditório e no modelo constitucional de processo, percebe-se que, além de uma estrutura procedimental, o processo constitui uma garantia de direitos fundamentais, sendo que a aplicação imediata da nova norma processual penal deve ser discutida no interior dessa estrutura dialógica, haja vista a necessidade de que sejam analisadas todas as circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, tanto a unidade procedimental do processo, quanto os princípios constitucionais da base principiológica uníssona e os princípios específicos do microssistema processual penal, devem servir de referencial hermenêutico para a construção de uma interpretação constitucionalmente adequada do princípio *tempus regit actum*.

Palavras-chave: Direito intertemporal. Giro hermenêutico. Modelo constitucional de processo. Estado Democrático de Direito.

SUMMARY

The following dissertation aims to present a study about the temporal succession of norms in Criminal Procedure Law, conformed to the procedural legal paradigm. In the course of this work, the main institutes of intertemporal Law will be analyzed with the intent of clarifying the understanding of the outcomes brought by the new law in the factual situations it regulates. It is notorious that the intertemporal law theories are still heavily influenced by Legal Positivism, since they abide by the logical-deductive scheme, aiming to find the one and only right solution applicable to legal proceedings. In Criminal Procedure Law, the positivist perspective is found in the *tempus regit actum* principle, i.e., the principle of non-retroactivity. On one hand, although it establishes the immediate enforcement of the procedural law (while not affecting the validity of any procedural act carried out under the auspices of the former existing law), it does not clarify the notion of the *tempus* or the *actum* they determine. On the other hand, the rising of the hermeneutic turn brought about a new interpretation of Law, based on the inversion of the argumentative logic. It seeks to find a solution going from the problem to the most adequate norm amongst all applicable *prima facie*. Moreover, in the quest for satisfactory epistemology of juridical knowledge, it is important to bear in mind that the Procedure Theory as a legal relationship does not fulfill the precepts of a Democratic Constitutional State because its formulations have been raised up in the context of a Social State, whose goal is not creating democratic laws. Therefore, supported by both the Adversary Procedure and the Due Process theories one will notice that, aside from a procedural structure, the procedure is a guarantee of fundamental rights. The immediate enforcement of the new criminal procedure norm must be discussed within a dialogical structure, while not losing sight of the need to analyze all circumstances present in a given factual situation. So, the procedural aspect of the legal procedure, as well as both the principiological core constitutional principles and the criminal procedure microsystem's ones must be a hermeneutical guidance to the outlining of a constitutionally satisfactory interpretation of the *tempus regit actum* principle.

Key words: Intertemporal law. Hermeneutic turn. Constitutional model of the procedure. Democratic Constitutional State

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

HC – Habeas Corpus

CR/1988 – Constituição da República de 1988

CPP – Código de Processo Penal

Inc. – Inciso

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

Min. – Ministro

PLS – Projeto de Lei do Senado

Rel. – Relator

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

§ - parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 TEMPO X LEGISLAÇÃO.....	13
2.1 As grandes teorias do Direito Intertemporal	17
2.2 Retroatividade.....	20
2.2.1 Teorias clássicas da retroatividade	21
2.2.2 A representação ideal-valorativa da retroatividade.....	24
2.3 Aplicação imediata e futura da lei nova.....	27
2.4 Ultratividade da lei	28
2.5 A teoria de Paul Roubier e a regra da irretroatividade das leis	30
2.6 O caráter constitucional do princípio da (ir)retroatividade e a solução conferida pelo direito brasileiro para o problema do conflito das leis no tempo: retroatividade ou irretroatividade da lei?	33
3 SOLUÇÃO DO DIREITO INTERTEMPORAL PARA O CONFLITO DE NORMAS PROCESSUAIS PENAIS NO TEMPO	37
3.1 A autonomia científica do direito processual frente ao direito material	38
3.2 A aplicação do princípio <i>tempus regit actum</i> no direito processual penal brasileiro	45
4 O GIRO HERMENÊUTICO E A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	61
4.1 A origem do positivismo jurídico e suas fórmulas de interpretação das normas jurídicas.....	62
4.2 O giro hermenêutico: uma epistemologia adequada ao conhecimento jurídico na atualidade.....	66
4.3 A contribuição de Klaus Günther para a solução do problema da colisão de normas.....	69
4.4 A dupla relação da Constituição democrática com o tempo e a importância da ideia de “democracia sem espera”.....	77
5 AS TEORIAS DO PROCESSO ALINHADAS AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	80
5.1 A teoria do processo como procedimento em contraditório – a contribuição de Fazzalari e o rompimento com a teoria do processo como relação jurídica.....	85

5.2 O modelo constitucional de processo e seus reflexos no processo penal	87
5.2.1 Os princípios constitucionais do modelo constitucional de processo.....	88
5.2.2 O microssistema processual penal: a presunção de inocência e as liberdades individuais dos cidadãos e sua compatibilização com o modelo constitucional de processo.....	92
 6 POR UMA SOLUÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA PARA O PROBLEMA DA SUCESSÃO ENTRE NORMAS PROCESSUAIS PENAIS NO TEMPO.....	95
6.1 A mudança na percepção de tempo e sua estreita relação com o direito.....	96
6.2 A noção de <i>actum</i> na concepção de processo como garantia de direitos fundamentais.....	100
6.3 Uma interpretação constitucionalmente adequada do princípio <i>tempus regit actum</i>	104
 CONCLUSÃO.....	111
 REFERÊNCIAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

Essa dissertação de mestrado tem por objetivo apresentar uma nova proposta de discussão do problema envolvendo a sucessão entre normas processuais penais no tempo, apropriando-se de reflexões sobre a relação entre tempo e direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ao longo de cada um dos capítulos a serem apresentados, é possível perceber que a solução empreendida para a adaptação das novas normas processuais penais aos processos em curso, difere de praticamente toda a obra sobre direito intertemporal até aqui publicado no Brasil, pois parte de uma construção teórica edificada à luz do giro hermenêutico, algo bem distante da realidade tratada pelos principais trabalhos de direito intertemporal, mergulhados na matriz do positivismo jurídico.

No capítulo 2, são abordados os principais aspectos do conflito entre normas jurídicas no tempo, e estabelecidos todos os conceitos necessários para o entendimento da matéria, entre eles, o de Direito Intertemporal, compreendido como o conjunto de normas jurídicas responsáveis por regular *in concreto* o fenômeno da intertemporalidade jurídica e formulações teóricas concernentes a esse campo do direito (CARDOZO, 1995, p. 36). Ademais, serão expostas as principais teorias de Direito Intertemporal, com destaque conferido a Paul Roubier (1929), para quem a base da solução para o conflito entre leis no tempo reside na distinção entre efeitos retroativos e imediatos da lei. Segundo o autor francês, retroativa é toda lei que gera efeitos a fatos verificados anteriormente à sua vigência, atingindo e modificando a realidade fática jurídica existente. Já o efeito imediato, corresponde aos fatos e situações jurídicas disciplinadas pela nova lei no mesmo instante de sua entrada em vigor. Os efeitos futuros e a ultratividade da lei nova também serão abordados, a fim de não deixar nenhuma dúvida quanto ao real alcance dessas leis no tempo. Por fim, esse capítulo expõe a natureza jurídica do princípio da irretroatividade no direito brasileiro, estabelecendo os primeiros pontos de contato do presente trabalho com o giro hermenêutico, ao tratar da relativização na aplicação de princípios constitucionais como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (ARAÚJO, 2007, p. 143), consoante tem reforçado a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Já o capítulo 3, expõe a forma como os operadores do direito vêm tratando do fenômeno da sucessão de normas processuais penais no tempo. Nesse sentido, aborda-se a problemática noção de *tempus regit actum*, consagrada no art. 2º do Código de Processo Penal, cujo teor não esclarece o momento em que a nova norma processual penal deve

produzir efeitos quando se trata de incidir sobre processos já em curso. Assim, por meio de análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, e pesquisa bibliográfica a respeito do assunto, será possível demonstrar a influência da teoria do processo como relação jurídica na elaboração da solução seguida por grande parte dos estudiosos de direito processual penal, para o problema da sucessão entre as normas processuais penais no tempo, mais precisamente classificando tais normas em puras e mistas. Conforme será demonstrado, essa solução não é adotada exclusivamente pelos autores brasileiros, mas também por autores estrangeiros e conquanto não apresente esteja adequada ao paradigma procedimental do direito, encontra ressonância até os dias atuais.

No capítulo 4, se esclarece porque as questões de direito intertemporal não podem ser respondidas a partir de soluções estabelecidas a priori. Expõe-se a queda do paradigma científico positivista e a ascensão do giro linguístico (SOUZA CRUZ, 2004) que propõe uma forma diferente de pensar o direito, não resultante apenas de um raciocínio dedutivo, tal como as ciências naturais. Nesse diapasão, percebe-se que o direito não consegue conferir o mesmo grau de certeza, confiabilidade e correção que as ciências naturais e matemáticas, haja vista que ele agora se enquadra sob outra epistemologia científica. Assim sendo, a teoria da argumentação jurídica de Klaus Günther (1995) torna-se o referencial hermenêutico para que a solução, envolvendo a intertemporalidade conflitual das normas processuais penais, seja empreendida, mediante consideração das circunstâncias do caso concreto e análise das normas jurídicas *prima facie* aplicáveis.

O capítulo 5, por sua vez, trata das teorias do processo alinhadas ao Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, adota-se a noção de processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 1992) para explicitar o caráter procedimental das normas processuais, que fundam um conjunto de atos e posições subjetivas, guardando entre si uma unicidade e coerência lógica, em que o ato anterior é pressuposto lógico e necessário para a realização do ato posterior. Ademais, em vista da preocupação eminentemente técnica de tal teoria do processo, sem maiores aprofundamentos na perspectiva constitucional que rege o processo, aborda-se o modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1990), formado por uma base principiológica uníssona, que constitui base e mecanismo de aplicação e controle de um direito que se pretende democrático (NUNES, 2011). Com ênfase no microsistema processual penal, é de se ver que os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões, conjugados com os princípios específicos da presunção de inocência e liberdade do indivíduo devem ser o alvo

das preocupações quando se tratar de perquirir sobre a aplicação imediata da nova norma processual penal aos processos em curso.

Finalmente, o capítulo 6 trata da problemática expressão *tempus regit actum*, em que os termos *tempus* e *actum* podem expressar mais de um significado. São várias as noções de *tempus* empreendidas, desde a noção de tempo cronológico, cujo caráter contínuo é a sua principal característica, até a noção de tempo histórico e social, ambos marcados pelo caráter descontínuo das subjetividades em passado e futuro. Desde as sociedades arcaicas, o direito sempre apresentou estreita relação com a noção de tempo, sendo que na era moderna confere uma ênfase maior ao futuro. Contudo, a hipermodernidade que aflige os dias atuais é marcada pela excessiva preocupação com o presente, já que o futuro não pode ser programado, tal como se pensava na modernidade. Desse modo, as subjetividades do passado e futuro estão a pressionar cada vez mais o presente, pois a síndrome da pressa parece permear a percepção de tempo, influenciando pessoas e instituições, entre elas o processo, de quem se exige celeridade e eficiência cada vez maior para seu encerramento. Nesse sentido, emerge a noção de tempo kairológico, ou tempo devido, como tempo necessário para que as partes argumentem e produzam provas, influenciando na construção do provimento. Já o juiz, precisa de tempo para refletir acerca dos fatos passados reconstruídos no processo. Por fim, a noção de *actum*, que pode significar tanto o ato processual isoladamente considerado, quanto a fase ou o processo inteiro, deve determinar a preservação da unidade da cadeia procedimental, sem o qual não será possível a aplicação imediata da norma processual penal modificada.

É sob esse prisma que tais discussões concernentes ao direito intertemporal merecem ser empreendidas, sobretudo considerando a iminência da aprovação de um novo Código de Processo Penal, já aprovado no Senado Federal, atualmente aguardando ser levado a plenário, na Câmara dos Deputados. Se aprovado, é de se ver que o novo texto tem por objetivo adequar a legislação processual penal brasileira aos ditames constitucionais, dando continuidade ao projeto constituinte inaugurado pela Constituição da República (BRASIL, 1988) há pouco mais de 25 (vinte e cinco) anos.

2 TEMPO X LEGISLAÇÃO

Desde a antiguidade, o homem sempre se preocupou com o processo de transformação aos quais as coisas do Universo estiveram submetidas. Nesse sentido, não faltaram digressões filosóficas sobre o “tempo”, o qual após toda a teorização desenvolvida ao longo do século XX, não pode ser compreendido como algo absoluto e uniforme, que despreze a complexidade dos fenômenos. Sua problematização deve transcender a noção de tempo-calendário¹, cuja estrutura se arraigou à noção do senso comum, razão pela qual se encontram sérias dificuldades para dissociar a passagem do tempo de sua medição.

No entanto, apesar de sua maior operacionalidade, insta destacar que o tempo-calendário padece de imperfeições, não refletindo exatamente a perfeita passagem do tempo. Vide, por exemplo, a supressão anual de seis horas, fenômeno esse que enseja a contagem do ano bissexto a cada 04 (quatro) anos². Nesse cenário, se de fato o dia, o mês ou o ano não guardam qualquer relação com a chegada de um novo ciclo, é preciso compreender o tempo-calendário não como expressão da passagem do tempo, mas como instrumento de manipulação da realidade.

Dessa forma, embora não se ignore as demais concepções de tempo empreendidas ao longo do progresso científico, o presente trabalho pretende trazê-las *en passant*, sendo que o objetivo principal é propor a releitura do princípio *tempus regit actum*, por meio de uma teoria do direito processual penal adequado ao paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito.

Urge destacar que a constante sucessão de normas jurídicas e os respectivos limites temporais de seus efeitos, trouxeram a lume inúmeros trabalhos que se debruçaram no estudo do conflito entre as leis no tempo, ou da retroatividade das normas jurídicas. Todavia, isso não significa que as questões envolvendo a relação tempo x legislação deixaram a posição obscura que ocupavam e se tornaram pontos pacíficos no campo da ciência jurídica. Antes pelo contrário, talvez seja esse um dos temas mais tormentosos da seara do direito. Nesse

¹ Tal expressão corresponde à relação existente entre a passagem do tempo e a forma como ele é medido, mediante a tradicional contagem de segundos, minutos, horas, dias, semanas, meses e anos. Embora essa forma de contagem seja conhecida por todos, cumpre ressaltar que ela não ostenta cientificidade e exatidão, apenas buscando critérios que sejam mensuráveis e funcionais durante a medição. Nesse sentido, excelentes foram as seguintes ponderações: “O modo como o dia terrestre é dividido em horas, minutos e segundos é puramente convencional. Assim também, a decisão de que um dado dia começa na aurora, ao nascer do sol, ao meio-dia, a pôr-do-sol ou à meia-noite é uma questão de escolha arbitrária ou de conveniência social.” (WHITROW, p. 16, 1993).

² Essa fórmula diz respeito ao calendário cristão, atualmente adotado pelo Ocidente, cuja contagem se tornou oficial a partir de 1582, quando instituído pelo Papa Gregório XIII.

sentido, insta consignar a importância do estudo de conceitos fundamentais para o entendimento da matéria, sem os quais é impossível enfrentar os obstáculos decorrentes do conflito intertemporal das normas jurídicas.

É preciso entender que a existência do mundo jurídico depende da dinâmica interação de dois campos da realidade, a saber: o plano fático, de natureza material, correspondente ao campo físico; e o plano normativo, de natureza ideal-objetiva, consistente em formulações jurídico-normativas cujos enunciados dispõem o que deve, pode ou não pode ser feito pelos homens a ela submetidos, sob pena de sofrerem a sanção do Estado.

O movimento desses dois planos se dá de maneira dialética e conjugada, pois

quando uma lei se sucede a outra, marcando-se num ponto do tempo espacializado a morte de uma e o nascimento de outra, o acontecimento surpreende uma realidade em fluxo. A realidade das coisas e das situações não é seccionada, mas constitui um fluir, um desenrolar-se: a realidade é uma duração e não um pontilhado de momentos estanques. (CAMPOS BATALHA, 1980, p. 17)

E se esse acontecimento é inevitável, surgem os problemas dele decorrentes: uma lei pode projetar seus efeitos sobre situações ocorridas anteriormente ao início de sua vigência? Um fato iniciado sob a égide da lei antiga, mas que se exauriu sob a égide da lei nova, se submete a qual diploma normativo? Ou qual a lei deve ser aplicada ante uma situação de fato concluída sob a égide da lei antiga, mas que continua projetando seus efeitos ainda que sob o império da lei nova?

Em síntese, José Eduardo Martins Cardozo³ (1995, p. 25) afirma que todas essas perguntas apresentam como pano de fundo o problema da vigência⁴ das regras⁵ de direito

³ Resultado de sua pesquisa em sede de dissertação defendida no curso de mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, no ano de 1993, o autor publicou em 1995 a obra intitulada “Da retroatividade da lei”. Apesar da profundidade com que foram pesquisadas as inúmeras teorias do direito intertemporal, é bem de ver que, ao longo de sua obra, Cardozo expressa sua preferência por um direito positivo formado exclusivamente por regras jurídicas. O que, definitivamente, será objeto de críticas ao longo do presente trabalho.

⁴ Segundo Cardozo, vigência deve ser entendida como a existência objetiva de uma norma (CARDOZO, 1995, p. 25).

⁵ Segundo Ronald Dworkin, as teorias positivistas de Austin e Hart foram as que mais se destacaram na tradição do direito anglo-saxão. Classificadas como **teorias semânticas**, suas versões traziam um núcleo comum, identificado da seguinte forma: “(1) o Direito é formado exclusivamente por um conjunto de regras, que podem ser diferenciadas das demais regras – por exemplo, as regras de natureza moral – por meio de um critério que, ironicamente, pode ser chamado de teste de *pedigree* da regra; (2) o conjunto de regras deve abranger, na maior medida possível, as relações jurídicas existentes em uma sociedade, mas no caso de lacuna – isto é, quando se está diante de um caso difícil – o magistrado fica autorizado a decidir com base discricionária, inclusive indo além do Direito na busca desse novo padrão de orientação; e (3) na ausência de regra jurídica válida compreende-se que não há obrigação jurídica; logo, quando o magistrado, no exercício de sua discricionariedade, decide um caso difícil, ele não está fazendo valer um direito correspondente à matéria controversa; ele está, sim, criando normas jurídicas.” (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 204-205). Todavia, importante destacar que as

positivo. Logo, todos os problemas envolvendo a sucessão de leis no tempo são reduzidos à questão da “definição dos limites que circunscrevem o campo de aplicabilidade das normas jurídicas”⁶ (CARDOZO, 1995, p. 25).

O mundo jurídico se realiza pela interação dinâmica de dois planos da realidade (o normativo e o fático). O movimento de ambos acaba por ensejar, no ordenamento jurídico, duas perspectivas temporais: uma qualificada apenas pelo movimento das normas jurídicas isoladamente consideradas (plano normativo); e outra relacionada ao fenômeno jurídico decorrente da interação entre este e a situação fática em curso (movimento do plano normativo e sua conjugação com o plano fático). Diante disso, impende observar que essas duas perspectivas temporais não coexistem de forma separada, pois integram o fenômeno da temporalidade jurídica, que nada mais é que a “unidade temporal em fluxo, constituída pelas perspectivas temporais motivadas pelos movimentos do plano normativo e da realidade fática que com este se associa em um dado ordenamento jurídico.” (CARDOZO, 1995, p. 32).

Imperioso destacar, ainda, que, a temporalidade jurídica, nos moldes em que tratada no presente trabalho, encontra-se configurada apenas quando levado em consideração o plano normativo isoladamente considerado, ou na sua interação com a realidade em fluxo. Pois o simples movimento da realidade fática que desconsidere a qualificação jurídica disposta pelo plano normativo também em movimento não interessa para a temporalidade jurídica na acepção ora empreendida. Nesse sentido, insta asseverar que a temporalidade jurídica é composta por diversos domínios de vigência das normas identificadas ao longo do fluxo normativo durante o processo de sucessão de normas.

Tal posicionamento permite trazer à lume o conceito de intertemporalidade jurídica, enquanto “fenômeno jurídico vivenciado ao longo do fluxo da temporalidade jurídica, no momento em que nesta são encontrados os limites das dimensões temporais dos domínios de vigência de duas normas que cronologicamente se sucedem.” (CARDOZO, 1995, p. 33).

A intertemporalidade jurídica nada mais é, portanto, que a tipificação jurídica conferida à sucessão de normas no tempo, podendo ser analisada sob quaisquer das duas

regras não são suficientes à solução dos *hard cases*, já que se aplicam em termos de tudo ou nada, comportando exceções enumeradas previamente à sua aplicação. Em vista disso, emerge a figura dos **princípios**, cujas exceções à sua aplicação não podem ser previstas anteriormente à sua hipótese de incidência, vez que qualquer outro princípio pode representar, em abstrato, exceção à aplicação de um princípio. Em outras palavras, “os princípios são normas que podem se excepcionar reciprocamente nos casos concretos, vez que não podem, muitas vezes, ser contemporaneamente aplicados.” (GALUPPO, 2002, p. 186-187).

⁶ Apesar das questões de direito intertemporal, em sua grande maioria, serem respondidas à luz de teorias positivistas do Direito, cumpre destacar que o presente trabalho adota a noção *pós-positivista* do conceito de **norma jurídica**, uma vez que, no plano decisório, as **regras** e **princípios** possuem a mesma força vinculativa, enquanto espécies do gênero **normas**. (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 38).

perspectivas temporais integrantes da temporalidade jurídica, seja ela advinda do plano normativo isoladamente considerado, ou proveniente da interação entre a situação fática e normativa em fluxo.

Nesse cenário, Cardozo chama a atenção para o fato de que a intertemporalidade desdobra-se em duas espécies distintas: a conflitual e a não conflitual. A não conflitual decorre da perspectiva temporal proveniente do movimento exclusivo do plano normativo, considerando isoladamente o início e o fim de vigência de determinada norma jurídica. Por sua vez, a “intertemporalidade conflitual”, enquanto expressão do fenômeno global denominado “intertemporalidade”, manifesta-se na perspectiva temporal propiciada pela interação conjunta do movimento empreendido pelo plano fático e normativo. Daí decorre todos os conflitos de normas no tempo, como a aplicação de normas jurídicas a fatos ocorridos antes ou durante a sua vigência. (CARDOZO, 1995, p. 34). Em outras palavras, há o conflito⁷ de normas sempre que duas delas se encontrarem em posição potencial de regular os mesmos fatos da realidade.

Cumprir definir, também, o conceito de “Direito Intertemporal”, para melhor compreensão do tema proposto no presente trabalho. Para Carlos Maximiliano⁸,

O Direito Intertemporal fixa o alcance do império de duas normas que se seguem reciprocamente. Em suma: tem por objeto determinar os limites do domínio de cada uma dentre duas disposições jurídicas consecutivas sobre o mesmo assunto. (...)

Para acima das controvérsias a denominação sintética e clara, elegante e compreensiva – *Direito Intertemporal*, isto é, o disciplinador das relações jurídicas surgidas ou reinantes no tempo intermédio entre o domínio de uma norma e o império da subsequente.

O conflito de leis *no espaço* constitui matéria de Direito *Internacional*; e conflito de leis *no tempo* é o objeto do *Intertemporal*. (MAXIMILIANO, 1955, p. 07-09)

Embora sem muito aprofundar-se, percebe-se que Maximiliano insere em sua definição as duas projeções temporais passíveis de exame na análise do fenômeno da intertemporalidade. Nessa mesma toada, José Eduardo Martins Cardozo define

⁷ A expressão “conflito de leis” é muito comum para designar o embate entre os domínios de vigência das normas jurídicas em âmbito temporal. A importância da expressão é tanta, que serviu de título para uma das maiores obras publicadas sobre o assunto, da lavra de Paul Roubier (1929), denominada de “*Les Conflits de Lois dans Le Temps*”.

⁸ Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (1873-1960) foi um dos principais juristas do Brasil, tendo ocupado o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal durante os anos de 1936 a 1941. Autor de diversas obras da literatura jurídica, entre elas “*Hermenêutica e aplicação do direito*” (1925). Em 2002, foi publicada a 19ª edição da referida obra. A advertência feita anteriormente em relação ao positivismo jurídico seguido por José Eduardo Martins Cardozo, se adequam aos ensinamentos de Carlos Maximiliano, para quem a “aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinável.” (MAXIMILIANO, 2002, p. 05).

o Direito Intertemporal como sendo o conjunto formado pelas normas jurídicas e proposições doutrinárias, que têm por objetivo dimensionar e solucionar os problemas da intertemporalidade jurídica, em todas as perspectivas temporais em que esta se faz projetar. (CARDOZO, 1995, p. 36).

Logo, o Direito Intertemporal compreende, em sentido amplo, tanto as normas jurídicas – no sentido de regras e princípios – previstas no ordenamento para regular *in concreto* o fenômeno da intertemporalidade jurídica, quanto formulações teóricas e científicas concernentes ao campo do direito intertemporal.

2.1 As grandes teorias do Direito Intertemporal

A partir do século XIX, inúmeras teorias foram elaboradas com o intuito de explicar e resolver os problemas relacionados ao Direito Intertemporal, mormente aqueles decorrentes da conflituosidade causada pela sucessão de leis no tempo. Em vista disso, vários foram os autores que se propuseram a escrever sobre o tema, cuja densidade e complexidade com que se apresentam suas questões, impossibilitaram a unanimidade do equacionamento das divergências nas ideias apresentadas.

Cardozo (1995, p. 108) chama a atenção para o fato de que o alto índice de produtividade científica sobre o tema dificultou a sistematização das diversas teorias e correntes que gravitam em torno desse ramo da ciência jurídica. Assim sendo, a fim de evitar maiores embaraços ao leitor e manter-se fiel ao objeto da pesquisa ora empreendida, este trabalho ater-se-á à classificação das teorias do Direito Intertemporal em duas grandes categorias, a saber: as teorias subjetivistas e as teorias objetivistas.

De plano, a classificação que se propõe apresentar identifica como subjetivistas todas as “formulações que prevalentemente buscam solucionar os problemas suscitados pela intertemporalidade conflitual das normas jurídicas, por meio da consideração deste fenômeno frente aos direitos subjetivos gerados pelas normas aos indivíduos.” (CARDOZO, 1995, p. 111). Em outras palavras, subjetivistas são todas aquelas teorias que analisam o problema sob o ponto de vista do direito subjetivo. Por outro lado, consideram-se objetivistas “todas as formulações que busquem na análise imediata do direito positivo, ou no processo da sua interação dinâmica com o mundo dos fatos, a elucidação das indagações pertinentes ao Direito Intertemporal.” (CARDOZO, 1995, p. 111).

No âmbito das teorias subjetivistas, destacam-se a teoria dos “direitos adquiridos” e a distinção entre “direitos e interesses”, cujas formulações, apesar das diversas manifestações, têm em comum a prioridade conferida aos direitos subjetivos durante a análise dos problemas de direito intertemporal.

É de se ver que apesar da teoria dos “direitos adquiridos” ter surgido no século XIX, ela ainda é seguida até os dias de hoje, por “aqueles que vislumbravam, no processo de aquisição de direitos subjetivos, o fenômeno capaz de definir a adequada solução dos problemas nascidos neste particular campo da vida jurídica.” (CARDOZO, 1992, p. 113). Destarte, a base de pensamento dos defensores dessa teoria é a ideia de que as novas leis estão impossibilitadas de retroagir para atingir direitos subjetivos adquiridos pelo seu titular sob a vigência de uma lei anterior.

Ocorre que as muitas divergências acerca do conceito e delimitação do direito adquirido fez com que vários autores buscassem outros critérios na tentativa de obter melhores soluções para o problema da sucessão entre as leis no tempo. Nesse sentido, Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p.119) afirma que os autores adeptos dessa teoria estão muito mais preocupados em indagar se um determinado caso deve ser considerado direito adquirido, a ter que responder se àquele caso específico será aplicado a lei nova ou a lei velha. Ademais, são incontáveis as discordâncias entre seus adeptos. No entanto, duas questões centrais se sobressaem: o conceito de direito adquirido⁹ e a própria definição de retroatividade¹⁰.

Dessas principais desavenças, emergem inúmeros pontos de discordância ainda menores, mas que evidenciam as diversas maneiras que cada autor tem de teorizar sobre os institutos do Direito Intertemporal e de trabalhar as soluções adequadas a cada problema apresentado no campo da prática jurídica. Porém, por estar distante do objeto de estudo, em que pese a importância e o interesse que o tema desperta, o autor não delongará a respeito, seguindo a teoria da distinção entre “direitos e interesses” a mesma sorte.

⁹ Cardozo (1995, p. 113) afirma que ao longo dos anos, aproximadamente uma centena de formulações conceituais a respeito do próprio “direito adquirido” foram elaboradas. Dessa feita, a sua exata definição consiste, até os dias atuais, como um dos principais problemas daqueles que escolhem esse campo de análise do fenômeno da intertemporalidade jurídica.

¹⁰ Não há um consenso relativo ao que se entende por “retroatividade”. Observe: “*Não chegam os autores, em bom acordo, a apresentar de forma pacífica o que entendem pela denominada ‘ação pretérita da lei nova’.* Para alguns, retroativa seria apenas a lei que viesse a suprimir direitos legitimamente adquiridos, sob a vigência da lei antiga. Para outros, retroativa seria a lei que projeta seus efeitos para o passado, independentemente de vir a atingir direitos adquiridos ou não.” (CARDOZO, 1995, p. 113). Desse modo, é possível perceber que enquanto para algumas concepções a noção de direito adquirido seria fundamental para a definição do conceito de retroatividade da lei nova, para outras não passaria de uma realidade inconfundível que, quando muito, poderia ser usada para auxiliar na solução de problemas decorrentes da intertemporalidade.

Eis então as teorias objetivistas, cuja atenção requer o presente momento. Conforme alinhavado alhures, os adeptos a essa teoria se recusaram a identificar nos direitos subjetivos a chave das questões de Direito Intertemporal. Alguns autores preferiram encontrar a solução nas próprias normas jurídicas por si só consideradas ou no ato de interpretação à qual estão sujeitas. Outros, por sua vez, preferiram procurar na sucessão interativa entre a realidade fática e a realidade normativa o ponto de partida para refletir sobre o tema.

Desse modo, insta classificar as teorias objetivistas nos seguintes grupos,

em normativas ou interativas, conforme seja a importância que atribuam aos planos que, no seu movimento, propiciam o fenômeno da intertemporalidade conflitual das normas jurídicas. Para aquelas que atribuem maior relevo ao plano normativo, emprestaremos a denominação de normativas, enquanto que, para aquelas que se valem prioritariamente da análise da interação dos planos normativo e fático, atribuiremos a designação de interativas. (CARDOZO, 1995, p. 152)

A exemplo do que foi feito quando do tratamento das teorias subjetivistas, não é o intuito do presente trabalho esgotar todas as possibilidades das teorias objetivistas¹¹, até porque os conceitos empreendidos durante o desenvolvimento do presente trabalho foram colhidos a partir das teorias objetivistas-interativas¹², com ênfase na teoria das situações jurídicas segundo o pensamento de Paul Roubier (1929), e na teoria da estrutura da norma jurídica.

Ferrari (2004, p. 128) afirma que a teoria das situações jurídicas surgiu na França, na tentativa de estabelecer outro critério para a não aplicação da lei nova que não fossem os direitos adquiridos. Desse panorama surgiu a necessidade de respeitar as situações jurídicas constituídas durante a vigência da lei anterior e, apesar das contribuições apresentadas por autores como Duguít, Gaston Jezé e Bonnetcase, quem mais se destacou foi Paul Roubier, para quem a base da solução para o conflito entre leis no tempo estaria na distinção entre efeitos retroativos e imediatos da lei, conforme ainda será apresentado no presente trabalho.

Sobre a teoria da estrutura da norma jurídica, apesar do pouco destaque que a ela se confere no estudo da intertemporalidade jurídica aqui no Brasil, cabe observar que a mesma tem por principal característica “buscar, na análise da função e da estrutura orgânica da norma

¹¹ As teorias objetivistas-normativas se dividem em 05 (cinco) outras teorias ainda menores, a saber: 1) a teoria da interpretação ou das expressões da lei; 2) a teoria das regras de aquisição e de existência dos direitos; 3) a teoria da diferenciação entre as normas de ordem pública e de ordem privada; 4) a teoria da “não exclusividade” da lei nova; 5) a teoria da retroatividade das leis mais favoráveis.

¹² Integram as teorias objetivistas-interativas, além das teorias da “situação jurídica” e da “estrutura da norma jurídica”, a teoria do fato realizado (“fatto compiuto”). Segundo José Eduardo Martins Cardozo (1995), esta teoria teve Chironi como seu grande sistematizador, tendo como principal característica a ideia de que “os fatos jurídicos, em regra, deveriam ser regulados pela lei vigente na época da sua efetiva realização. Ou seja: tempus regit factum.” (CARDOZO, 1995, 176).

jurídica, o ponto de solução para os problemas atinentes ao Direito Intertemporal” (CARDOZO, 1995, p. 216), pois, segundo seu autor, Gaetano Pace (1944), o problema da retroatividade da lei seria resolvido mediante uma explicação funcional, fundada sobre as funções da norma jurídica, e outra orgânica ou estrutural, fundada na estrutura da norma.

Nesse sentido, o presente capítulo buscará conjugar as teorias de Paul Roubier (1929) e Gaetano Pace (1944) no intuito de clarificar a compreensão sobre os institutos e fenômenos do Direito Intertemporal, para, a partir daí, adentrar no estudo da intertemporalidade das normas processuais penais em conformidade com as garantias constitucionais do processo.

2.2 Retroatividade

Assevera Cardozo (1995, p. 251) que a questão do conflito das leis no tempo é abordada pelo direito brasileiro a partir de dois campos de reflexão muito bem delimitados por razões de ordem metodológica, a saber: o estudo conceitual da retroatividade das normas jurídicas e a própria disciplina do fenômeno da retroatividade segundo os parâmetros descritos no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376, de 2010)¹³.

Nesse sentido, insta consignar que a questão conceitual e os problemas envolvendo a aplicação retroativa das leis, devem ser feitos considerando aspectos particulares ao respectivo campo do direito. Todavia, é bem de ver que a análise do agir da norma sobre o passado (retroatividade), em razão de sua abrangência, afeta muito mais a Teoria Geral do Direito, pois, independentemente do campo a que se refere o estudo do fenômeno da retroatividade das normas jurídicas, seu conceito será sempre o mesmo. O conceito de retroatividade deve ser tratado, portanto, de forma genérica e uniforme, pois o fenômeno da temporalidade é algo comum a todo e qualquer ato normativo.

Por outro lado, o estudo científico dos limites estabelecidos para a retroatividade das leis ou normas jurídicas em geral exige soluções adequadas a cada campo do direito, não havendo que se falar em incongruência de ordem teórica ou científica, uma vez que os critérios escolhidos para solucionar o problema da intertemporalidade estão disciplinados no respectivo sistema de direito positivo. Nesse prisma, há diferentes limites para a retroação das leis civis, penais, tributárias, processuais etc.

¹³ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Destarte, insta assinalar que a presente etapa do trabalho dedicará tratamento genérico ao conceito de retroatividade das leis, para, em seguida, cuidar dos limites dispostos pelo ordenamento jurídico, sobretudo no que concerne ao alcance das novas normas processuais penais, conforme os parâmetros de abordagem já explanados.

2.2.1 Teorias clássicas da retroatividade

Na tentativa de trazer à luz o conceito de retroatividade das leis, é possível apontar a existência de duas grandes correntes teóricas a seu respeito. A primeira delas, segundo Cardozo (1995), buscou definir retroatividade a partir do momento temporal em que tem origem os fenômenos jurídicos atingidos pela nova lei. Em outras palavras, a retroatividade se fundaria na ação de uma nova lei sobre fatos, direitos, efeitos ou situações jurídicas nascidas sob a égide da lei antiga, não importando a projeção da ação criadora, modificadora ou extintiva do novo diploma legal em período anterior ao da sua entrada em vigor.

Retroagir, assim, não seria obrigatoriamente uma “ação sobre o passado” da lei nova, mais (*sic*) sim o seu agir, seja no passado, no presente, ou mesmo no futuro, sobre realidades jurídicas que guardam uma essencial conexão com o passado. (CARDOZO, 1995, p. 254)

Esse conceito foi utilizado tanto por autores¹⁴ defensores da ideia de que seriam consideradas retroativas apenas aquelas leis que suprimissem “direitos adquiridos” sob a égide da lei antiga, quanto por adeptos das teorias objetivistas-interativas. Nesse diapasão, cumpre destacar que essa vertente teórica não guarda nenhuma identificação com a retroatividade enquanto projeção dos efeitos da lei nova sobre o passado, mas com a possibilidade de uma nova lei disciplinar realidades jurídicas nascidas antes do início de sua vigência, não importando se com efeitos futuros (*ex tunc*) ou retroativos (*ex nunc*).

Segundo Cardozo (1995, p. 254), os subjetivistas adeptos a esse entendimento concebiam por retroativa toda a lei nova que suprimisse “direitos adquiridos” durante a vigência da lei velha. Assim, poderia a nova lei projetar efeitos imediatos ou futuros, e mesmo assim ser tipificada como retroativa, pois a simples supressão de “direitos adquiridos” seria

¹⁴ Com essa forma de conceber a retroatividade, Cardozo (1995) destaca Merlin como um dos principais autores subjetivistas a partilhar o conceito. Fundador da Escola da Exegese, afirmava que uma lei, para ser considerada retroativa, precisaria atingir o passado, modificando-lhe e trazendo prejuízo às pessoas. O prejuízo restaria configurado toda vez que a nova lei suprimisse direitos adquiridos. Já Vareilles-Sommières e Coviello, foram os principais objetivistas a partilhar dessa forma de conceituar a retroatividade.

suficiente para conferir à nova lei o título de retroativa. Por outro lado, poderia uma lei nova projetar efeitos no passado, sem que por isso, fosse considerada retroativa, bastando que sua atuação não atingisse os “direitos adquiridos” durante a sua ação pretérita.

Insta destacar que, embora não tenha sido essa corrente teórica admitida pela maioria dos estudiosos sobre o assunto, é de se ver que não passou despercebida pelo Supremo Tribunal Federal que, em sede de Recurso Extraordinário, esposou o seguinte entendimento:

A lei só tem efeito retroativo quando da sua aplicação resulta infração a direitos adquiridos.

Na sucessão *ab intestato*, direitos adquiridos só surgem com a abertura dela; antes não existe sinão [sic] uma simples expectativa de direito.

A lei que regula a sucessão é a do tempo em que se constatou a sua abertura. (DIÁRIO OFICIAL, 1922, p. 379)

No presente caso, houve a alegação de que o acórdão recorrido conferia efeitos retroativos aos artigos 229, 353, 1.577 e 1.605 do Código Civil de 1916¹⁵, denotando expressa violação ao art. 11, III, da Constituição Federal¹⁶ e art. 56 do Decreto nº 181¹⁷, de 24 de fevereiro de 1890. Ocorre que o entendimento esposado pelo acórdão de relatoria do Ministro Pedro Mibielli, foi no sentido de que o Código Civil de 1916 “não emprestou efeito retroactivo [sic] a nenhum dos seus citados dispositivos, porque a lei só tem efeito retroactivo [sic] quando de sua aplicação resulta a infracção a direitos adquiridos” (DIÁRIO OFICIAL,

¹⁵ “Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (art. 352 a 354).

Art. 353. A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho (art. 229).

Art. 1.577. A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor.

Art. 1605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.

§1º Havendo filho legítimo, ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358).

§2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.” (BRASIL, 1916).

¹⁶ “Art. 11 – É vedado aos Estados, como à União:

(...)

3º) prescrever leis retroativas.” (BRASIL, 1891).

¹⁷ “Art. 56. São efeitos do casamento:

§1º Constituir família legítima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contraentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

§2º Investir o marido da representação legal da família e da administração dos bens comuns, e daqueles que, por contrato ante-nupcial, devam ser administrados por ele.

§3º Investir o marido do direito de fixar o domicílio da família, de autorizar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.

§4º Conferir à mulher o direito de usar do nome da família do marido e gozar das suas honras e direitos, que pela legislação brasileira se posam comunicar a ela.

§5º Obrigar o marido a sustentar e defender a mulher e os filhos.

§6º Determinar os direitos e deveres recíprocos, na forma da legislação civil, entre o marido e a mulher e entre eles e os filhos.” (BRASIL, 1890).

1922, p. 379), e uma vez que na sucessão *ab intestato* os direitos são adquiridos apenas por ocasião da sucessão, não houve que se falar em efeitos retroativos dos referidos dispositivos. Ademais, na esteira do que restou decidido no acórdão, o relator destacou a diferença entre as leis que dizem respeito ao direito de família com as concernentes ao estado da pessoa. De acordo com seu entendimento, não há direitos adquiridos em relação ao estado da pessoa, mas, em se tratando de direitos de família, mais precisamente direito das sucessões, a abertura da sucessão faz surgir o direito adquirido, sendo que em momento anterior a esse, o que existe é mera expectativa de direito, razão pela qual a modificação na lei que permitiu a legitimação dos filhos adulterinos por consequência de matrimônio não pode ser classificada de retroativa.

Inobstante a importância desse conceito no âmbito da teoria dos “direitos adquiridos”, é de se ver que ele jamais esteve imune às críticas daqueles que entendiam a retroatividade de modo contrário, consoante restou asseverado por Cardozo (1995, p. 255). E a principal crítica que se faz a esse entendimento, é que a fórmula conceitual em questão reúne situações de direito logicamente distintas, não havendo que se confundir o agir de uma lei sobre o passado, com o agir no presente ou no futuro, pois, se trata de realidades jurídicas que para pertencer ao mesmo rótulo linguístico (retro-agir), deveriam pertencer ao mesmo campo de temporalidade jurídica, o que não ocorre no caso.

Nesse sentido, a segunda vertente teórica assume outro conceito de retroatividade, ao identificá-la com a ação da lei sobre um período que antecede ao de sua própria vigência. Daí a expressão “retroagir”, cujo sentido linguístico não é outro, senão um “agir sobre o passado”, retroativas são, deste modo, aquelas leis que produzem efeitos sobre o passado e nunca sobre o presente ou futuro.

Paul Roubier¹⁸ (1929), para quem os “efeitos retroativos” são inteiramente distintos dos “efeitos imediatos” da lei nova, propôs a assertiva de que a retroatividade consiste na aplicação de uma lei a fatos passados (*facta praeterita*). Porém, chama a atenção para o tratamento de situações em curso (*facta pendentia*), pois, de acordo com a teoria por ele esposada, é preciso diferenciar dois momentos importantes da temporalidade jurídica, a saber: o anterior e posterior à entrada em vigor da nova lei. Isso porque o momento anterior será atingido pela retroatividade da lei nova. Já o momento posterior será atingido pelos efeitos imediatos ou futuros da nova lei, o que de modo algum representa a retroatividade dessa lei.

¹⁸ Ao longo de sua trajetória acadêmica, Paul Roubier se mostrou um crítico contundente da teoria dos direitos adquiridos. Sua teoria se fez publicar em diversos escritos, cujo destaque maior obteve o seu *Les Conflits de Lois Dans Le Temps* (1929) que em seguida foi republicado com algumas modificações sob o título *Le Droit Transitoire* (1960).

Por conseguinte, a retroatividade implica na ação pretérita de uma lei que projeta seus efeitos a fatos verificados anteriormente à sua vigência, atingindo e modificando a realidade fática jurídica existente. Assim, só se pode qualificar retroativa uma lei que atue no passado, conforme conceito definido por Paul Roubier (1929), cujo entendimento será adotado ao longo do presente trabalho.

2.2.2 A representação ideal-valorativa da retroatividade

Conforme alinhavado alhures, o presente trabalho se vale dos ensinamentos de duas grandes teorias do Direito Intertemporal, para a definição de seus principais institutos, a saber: a teoria das “situações jurídicas” segundo Paul Roubier (1929) e a teoria da estrutura da norma jurídica, levada a efeito por Gaetano Pace (1944), em sua obra *“Il Diritto Transitorio”*. Apesar da importância das lições empreendidas pelo primeiro, no estudo do conflito das leis no tempo, não pode se ignorar os ensinamentos do segundo, criador da teoria da estrutura da norma jurídica, o qual partiu da análise funcional e estrutural da norma jurídica para encontrar solução aos problemas de Direito Intertemporal, mais precisamente no que diz respeito à retroatividade da lei, definindo-a como “valoração jurídica do passado”¹⁹.

Segundo Cardozo (1995, p. 257), havia grande dificuldade em reconhecer à primeira vista, que a função imperativa da lei sempre voltou a produção de seus efeitos para o futuro. Nesse sentido, seria impraticável ao homem atingir o passado, seja pela lei ou pela atividade humana, com a ressalva de que apenas o pensamento humano poderia alcançá-lo. No entanto, Gaetano Pace (1944) afirma que apenas a consideração da função imperativa da norma não seria suficiente para explicar a retroatividade, razão pela qual lançou mão de uma segunda função, qual seja, a de “valoração”, enquanto critério de avaliação dos atos, fatos, omissões e seus efeitos verificados no passado. Se o comando de uma norma (função imperativa) se volta para o futuro, sua valoração (avaliação dos fatos humanos) permite, portanto, voltar-se para o passado.

Sabido que o conceito de retroatividade, segundo Paul Roubier (1929), diz respeito à aplicação pretérita da nova lei, é importante salientar que o agir sobre o passado sempre gerou

¹⁹ Seguem as palavras de Gaetano Pace: “se a norma, como comando, é dirigida essencialmente para o futuro, a norma como valoração (ou seja, como critério de valoração dos fatos humanos), pode também voltar-se para o passado.” (...) “a valoração retroativa vem a consistir em uma nova e diversa valoração que substitui aquela originária, ou seja, em uma reavaliação jurídica” (PACE, 1944, p. 134-135, tradução nossa). No original: “se la norma, come comando, é rivolta essenzialmente verso il futuro, la norma come valutazione (cioè come critério di valutazione dei fatti umani), può anche rivolgersi verso il passato.” Conclui que “la valutazione retroattiva viene a consistere in una nuova e diversa valutazione che si sostituisce a quella originária cioè in una rivalutazione giuridica.”

muita perplexidade no estudo do direito intertemporal, pois como pode uma norma nova impor um comando àquilo que se viveu no passado? Ou como pode uma norma disciplinar algo que no tempo se perdeu?

Essas são algumas perguntas que apenas poderão ser elucidadas se levado em consideração o fato das normas jurídicas pertencerem a um mundo ideal, resultantes de um pensamento humano socializado. Do contrário, impossível falar-se em retroatividade no mundo físico ou material, de modo que não há como “retro-agir” nesse determinado campo da realidade, pois a “volta ao passado” só ocorre no universo dos fenômenos ideais, tais como as normas jurídicas.

Assim,

a retroatividade de uma lei não implica que 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)

Desse modo, apenas há que se falar em retroatividade das normas jurídicas de um dado diploma legislativo na acepção abstrata dessas normas e, jamais, na função imperativa de prescrever condutas, pois a retroatividade da lei nova depende da modificação no passado operada pela valoração jurídica diferente daquela empregada pela lei anterior. Do contrário, sem essa modificação, não há que se falar em retroatividade.

Ocorre que esse debate acerca da invasão valorativa de uma norma jurídica sobre o passado introduz uma pergunta que merece ser respondida à luz do presente trabalho: como pode uma norma jurídica atuar sobre um período de tempo que antecede à sua vigência? A resposta a essa indagação decorre da análise conjunta do conceito de retroatividade com os elementos que integram a estrutura lógica das normas jurídicas.

Nesse sentido, partindo da classificação proposta por Bernardes de Mello (1995, p. 27), são duas as grandes correntes que auxiliam na definição da estrutura lógica das normas jurídicas: a sancionista e a não-sancionista. O que irá diferenciar uma da outra é a escolha ou não, respectivamente, da sanção como elemento integrante da estrutura lógica da norma.

E valendo-se da corrente “não-sancionista”, Cardozo (1995, p. 261) busca equacionar o problema da retroatividade a partir dos elementos que compõem a estrutura lógica da norma

jurídica, sustentando o entendimento de que a norma jurídica dispõe de dois elementos constitutivos, a saber: hipótese (suporte fático) e preceito (consequente). Para isso, exclui a sanção da condição de elemento obrigatório integrante da estrutura lógica da norma jurídica, pois a existência ou não da sanção para a hipótese da norma transgredida não teria importância alguma para a completude da estrutura lógica da norma jurídica. Aliás, para completude da estrutura lógica bastaria apenas a conjugação da hipótese com o seu preceito, sendo que a retroatividade seria possível tanto em um quanto no outro elemento dessa estrutura. No caso em que a retroatividade se dê por meio da hipótese, implicaria em uma norma jurídica prever por meio daquela (hipótese) elementos fáticos ocorridos em período anterior ao início de sua vigência.

Nesse quadrante, cumpre trazer a lume dois exemplos de retroatividade por via da hipótese normativa. O primeiro deles trata-se de uma hipótese simples, e consiste em uma nova lei que estabelecesse que em todos os compromissos de compra e venda de imóveis realizados no período de dois meses que antecedem à sua entrada em vigor, os promissários compradores tivessem a obrigação de pagar aos vendedores 10% (dez por cento) a mais que o valor pactuado a título de compensação da inflação desse período. O segundo exemplo, trata-se de uma hipótese composta e consiste em uma lei que estabelecesse que todos os contratos realizados no período anterior a 05 (cinco) anos à sua entrada em vigor, desde que não convencionados os juros moratórios, o devedor poderia se isentar do pagamento de juros legais, se no prazo de 05 (cinco) dias, contados da entrada em vigor da nova lei, notificasse o credor do interesse do cumprimento do ajuste.

Logo, se a hipótese prevista na norma jurídica para atuação do preceito for anterior à entrada em vigor da nova lei, essa norma deve ser entendida como tipicamente retroativa, independentemente desses fatos terem acontecido, no todo ou em parte, no passado, uma vez que “a retroatividade de uma norma pode ser definida exclusivamente pelos elementos que integram a sua hipótese, independentemente da dimensão temporal que seja atribuída ao seu preceito.” (CARDOZO, 1995, p. 269).

Por outro lado, o preceito da norma jurídica é suficiente para qualificá-la como retroativa, bastando que atribua efeitos pretéritos aos fatos ou conjunto de fatos descritos na hipótese normativa. Por exemplo, a modificação de um sistema de direitos que antes vedava quaisquer direitos aos denominados filhos adulterinos, por um que passou a reconhecê-los como legítimos desde o seu nascimento, a partir do momento em que aqueles que os geraram, após divórcio regular, contraíssem núpcias, não importando o fato dos filhos terem nascido antes ou depois da entrada em vigor da nova lei. Assim, tal norma seria considerada

retroativa, por atribuir efeitos diversos aos já existentes em período anterior ao início de sua vigência, aos fatos narrados na hipótese.

De tudo o que foi exposto até o momento, é possível classificar como retroativa

toda norma legal que valorativamente invade e altera o período de tempo anterior ao início da sua própria vigência, seja por descrever na sua hipótese, isoladamente ou não, elemento fático realizado no passado, seja por definir preceito que implique em modificação jurídica de realidade pretérita. (CARDOZO, 1995, p. 276)

Em outras palavras, a retroatividade se refere à ação de uma lei no passado, não se confundindo com a aplicação imediata ou futura da lei nova, haja vista a impossibilidade de equiparar categorias temporais tão distintas. Mediante isso, cumpre tratar de outro fenômeno correlato que é os dos efeitos imediatos e futuros da nova lei que, frise-se, não se confundem em hipótese alguma com a retroatividade.

2.3 Aplicação imediata e futura da lei nova

Ao longo dessa exposição, foi possível identificar as características fundamentais do instituto da retroatividade, sobretudo a sua correspondência com a ação pretérita da lei, seja via hipótese normativa, preceito normativo ou ambos os elementos da estrutura lógica da norma jurídica. Destarte, é inadmissível confundir a expressão retroatividade com a imediata aplicação da lei nova e tampouco com sua atuação futura.

Cardozo (1995, p. 278) chama a atenção para o fato de que a expressão “aplicação imediata da lei” carece de um significado preciso, ostentando variadas designações: ora a entrada em vigor da lei sem a contagem do período da *vacatio legis*; outrora a pronta eficácia de normas condicionais; e, por fim, o sentido utilizado pelos estudiosos mais modernos do direito intertemporal, designando sua aplicação às situações em curso ou pendentes (*facta pendentia*)²⁰.

Porém, é relevante salientar que a imediata aplicação da lei nova não se restringe à sua mera aplicação às situações jurídicas em curso, pois

²⁰ A expressão *facta pendentia*, tratada ao longo do presente trabalho, busca designar os fatos ou situações jurídicas já iniciadas sob a égide da lei anterior que estão em curso durante a entrada em vigor do novo diploma legislativo.

no momento da entrada em vigor da nova lei, não só situações já nascidas sob o império da lei velha e que se encontram pendentes podem se ver atingidas de imediato pela pronta eficácia desta, mas como também novos fatos ou realidades jurídicas podem ter imediata valoração ou modificação jurídica em decorrência do início da sua vigência. Isto ocorrerá sempre que a hipótese normativa consagrada na lei nova tiver sua *conditio juris* realizada por realidade fática não originada no passado (ou seja, não “pendente” no presente) e existente no exato momento temporal em que este diploma começa a vigor, ou então quando o preceito da norma atuar nesse mesmo instante sobre a realidade que juridicamente não remonta na sua específica existência à lei velha. (CARDOZO, 1995, p. 280)

Nesse prisma, o efeito imediato diz respeito àquela dimensão temporal em que fatos e situações jurídicas passam a ser disciplinados pela lei nova no mesmo instante da sua entrada em vigor, não importando se tais fatos ou situações guardam alguma conexão com o passado, ou mais precisamente com o diploma legislativo substituído. Segundo Cardozo (1995, p. 280), um exemplo de aplicação imediata, seria o caso de uma nova lei que, de acordo com a Constituição, estabelecesse a obrigação de cada cidadão prestar determinado serviço compulsório em favor do Estado, a partir da data que entrasse em vigor. Assim, haveria a atuação no presente da nova lei tanto no que diz respeito à sua hipótese, quanto no que diz respeito ao seu preceito.

É imperioso distinguir o conceito de efeito imediato e de efeito futuro da nova lei, pois, enquanto o primeiro diz respeito à coexistência da projeção dos efeitos de uma lei com o período de sua entrada em vigor, o efeito futuro não coincide com esse momento, sendo os efeitos da nova lei projetados para momento posterior. Cardozo (1995, p. 281-282) traz como exemplo de efeito futuro uma nova lei que antecipa a maioridade civil para os 16 (dezesseis) anos de idade, conferindo capacidade plena de exercício de direitos aos que completarem essa faixa etária. Nesse caso, se por um lado essa nova lei tem o condão de projetar efeitos imediatos para aqueles que já completaram os indigitados 16 (dezesseis) anos, por outro, não resta dúvida que a nova lei projetará efeitos futuros no caso daqueles que ainda não a atingiram, tratando-se de realidades inconfundíveis os efeitos imediatos e efeitos futuros de uma nova lei.

2.4 Ultratividade da lei

Costuma a lei revogada por lei nova, cessar de disciplinar determinada realidade jurídica, objeto dessa nova lei, do contrário, qual seria a necessidade de haver tal substituição no universo normativo? Todavia, cumpre asseverar que em alguns casos, a lei revogada

continua disciplinando situações sob o período em que a lei considerada vigente seja a lei nova. Esse fenômeno é chamado de “sobrevivência da lei velha” ou “ultratividade da lei”, segundo Cardozo (1995, p. 297), e tem por campo de ação regular os fatos pendentes, aquelas relações e situações jurídicas nascidas sob a égide da lei anterior, mas que se perpetuam no ponto de vista de sua existência sob a ótica da lei posterior. Porém, não trata a ultratividade de nova dimensão temporal, pois não existem outras dimensões temporais que não sejam: passado, presente e futuro. Assim, a ultratividade configura a manutenção dos efeitos de um diploma legislativo em lugar dos efeitos (sejam eles pretéritos, imediatos e futuros) de outro diploma no mundo jurídico.

Um exemplo de ultratividade da lei velha seria o caso de um agente acusado de cometer o delito de atentado violento ao pudor, antes da absorção desse tipo penal pelo crime de estupro, nos termos da Lei nº 12.015/2009. Nesse caso, ainda que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória se dê posteriormente à entrada em vigor da nova lei, que, é considerada mais gravosa, o agente terá a sua pena fixada consoante os parâmetros da lei vigente à época do cometimento do crime, por sua vez mais benéfica, pois o art. 5º, inc. XXXIX da Constituição da República (BRASIL, 1988) assegura que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Nesse sentido, Cardozo (1995, p. 298) assevera que a sobrevivência da lei velha se opera mediante duas fórmulas diversas: a primeira diz respeito à formulação de normas genéricas previstas em sede constitucional ou infraconstitucional cuja previsão impede a aplicação da lei nova sobre determinadas situações e relações disciplinadas pelo direito, nascidas sob a égide da lei antiga. A segunda delas se resume a previsões casuísticas da lei revogadora que em seu teor expressa a possibilidade ou não de ser a nova lei aplicada àquelas situações nascidas sob a égide da lei antiga.

Por fim, é preciso estar atento para o uso bastante comum da expressão *sobrevivência da lei velha* nas situações em que essa sobrevivência é apenas aparente, pois carece de maior técnica científica e precisa ser afastada. Assim, de acordo com Cardozo (1995, p. 299), não se trata de ultratividade as seguintes hipóteses:

- a) a aplicação da lei velha durante o período de *vacatio legis* da lei nova uma vez que a lei antiga ainda não perdeu sua vigência;
- b) a revogação parcial da lei velha que não foi totalmente revogada pela lei nova, no tocante à aplicação da parte não revogada;

- c) a aplicação da lei velha realizada pelo juiz não implica em sua sobrevivência após a sua revogação, mas sim em apreciação da sua aplicabilidade aos fatos submetidos ao julgamento durante o período em que era vigente.

Feitas essas considerações, é de bom alvitre concluir que a ultratividade implica na manutenção dos efeitos da lei revogada, inobstante a situação a ser disciplinada se encontre sob a égide da lei revogadora, não se confundindo as hipóteses acima descritas com o fenômeno de sobrevivência da lei velha.

2.5 A teoria de Paul Roubier e a regra da irretroatividade das leis

A par das possíveis dimensões temporais no âmbito da temporalidade jurídica, cuja perspectiva indica se uma lei produz efeitos retroativos, imediatos ou futuros, cumpre asseverar a posição do direito brasileiro no tocante ao direito intertemporal. Entretanto, antes de se adentrar a análise da sua compreensão nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, insta frisar que o entendimento esposado pelas principais monografias publicadas no Brasil sobre o assunto foi herdado da tradição francesa, com maior destaque para Paul Roubier, cuja crítica à teoria dos direitos adquiridos o fez formular diversos escritos, sendo sua obra mais conhecida o *Les Conflits de Lois Dans Le Temps* (1929), mais tarde publicado com algumas modificações, sob o título *Le Droit Transitoire* (1960).

É bem de ver que inobstante se reconheça o trabalho de importantes autores publicistas no estudo da intertemporalidade das normas jurídicas, nenhum outro ostentou tamanha grandeza e profundidade com que trata do tema nas suas obras quanto o mencionado jurista francês, para quem “a base fundamental da ciência do conflito das leis no tempo é a distinção entre os efeitos retroativos e imediatos da lei”²¹ (ROUBIER, 1929, p. 371, tradução nossa). Justifica sua afirmação sob o fundamento de que uma lei apenas poderia reputar-se retroativa ao pretender disciplinar fatos ocorridos no passado (*facta praeterita*), pois, de outra maneira, caso viesse aplicar-se a fatos do presente, estejam eles em curso (*facta pendentia*) ou não, obviamente sua atuação poderia qualificar-se como sendo de efeitos imediatos. E, porventura se sua aplicação se voltasse a fatos futuros (*facta futura*), daí decorreriam os efeitos futuros da nova lei.

²¹ No original: “La base fondamentale de la science des conflits de lois dans le temps, c’est la distinction de l’effet immédiat de la loi”.

Em face dessa constatação e da peremptória vedação ao fenômeno da retroatividade da lei prevista pelo art. 2º do Código Civil Francês, Paul Roubier (1929, p. 375) formula a ideia de que, a princípio, a retroatividade de uma lei seria proibida, e que sua aplicação imediata às situações em curso se restringiria aos fatos realizados a partir de sua vigência, não se aplicando aos fatos realizados anteriormente à vigência da nova lei. Contudo, faz questão de ressaltar que em certos casos a aplicação de lei nova não é possível nem mesmo quando se refere aos fatos realizados após a sua entrada em vigor, como por exemplo, nas relações contratuais em curso (*facta pendentia*), cujas disposições serão disciplinadas pela lei vigente no ato da celebração do contrato. Noutro giro, o teórico francês admite a retroatividade da lei desde que o texto normativo assim autorize, pois, de acordo com o seu entendimento, a retroatividade é algo que não se presume.

No entanto, sabedor de que a simples distinção entre efeitos retroativos e efeitos imediatos é incapaz de solucionar a complexa gama de questões envolvendo o Direito Intertemporal, Roubier (1929, p. 378) faz uso de critérios auxiliares para melhor elucidá-la, a partir da noção de “situação jurídica”. Nesse sentido, assevera que a “situação jurídica” se desenvolve por meio de duas fases distintas. A fase dinâmica compreende o momento da constituição e extinção da situação jurídica. E a fase estática abarca o momento de produção dos efeitos dessa situação. Sobre a fase dinâmica, cumpre asseverar que se determinado diploma normativo ostenta um rol de atos e fatos passíveis de constituir ou extinguir uma “situação jurídica”, a consideração de fatos anteriores ao início de sua vigência é considerada retroativa, sendo a atribuição de eficácia ou ineficácia de fatos passados uma manifestação do fenômeno da retroatividade.

A partir daí, o autor francês estabelece algumas regras²² que possibilitam o melhor entendimento de sua teoria, a saber:

1ª) as leis que regulam a constituição e/ou extinção da situação jurídica não podem atingir sem retroatividade as situações jurídicas já extintas e/ou constituídas;

2ª) uma lei nova pode modificar as condições de constituição e/ou extinção da situação jurídica desde que esta ainda não tenha sido concluída, sem se falar em retroatividade da nova lei, já que se estará diante dos efeitos imediatos da lei posterior;

3ª) ante uma situação jurídica em curso de constituição ou extinção, as leis que disciplinam a constituição ou a extinção de uma situação jurídica não podem, sem

²² Para maior esclarecimento concernente às referidas regras, cf. ROUBIER, Paul. **Les conflits des lois dans le temps: (théorie dite de la non-retroactivité des lois)**. Paris: Sirey, 1929. Volume I. p. 385-397.

retroatividade, atingir os elementos já existentes, desde que estes façam parte desta ou constituam obstáculos para a constituição ou extinção da mesma;

4ª) os fatos que não determinaram a constituição ou extinção da situação jurídica, nos moldes da lei antiga, não podem, segundo uma nova lei, servir de fundamento para a constituição ou extinção de situações jurídicas sem que a esta lei seja reconhecida o seu caráter retroativo;

5ª) uma lei nova não pode atingir no passado, sem retroatividade, fatos que anteriormente não serviam à (ou impediam a) concretização da situação jurídica em curso de constituição ou extinção;

6ª) a lei que não poderia atingir fatos ocorridos no passado, poderia alcançar os fatos duráveis ao tempo da sua entrada em vigor enquanto fato do presente, implicando assim a constituição ou extinção de determinada situação jurídica.

No tocante à fase estática da situação jurídica, mais precisamente de seus efeitos, Paul Roubier (1929) assevera que a retroatividade se apresenta de uma forma ainda mais simples, pois a partir da fixação dos efeitos da situação jurídica, é impossível, sem retroatividade, modificar, ampliar ou reduzir os efeitos produzidos sob a égide da lei anterior. Logo, vige a seguinte regra:

A lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não pode, sem retroatividade, atingir os efeitos de uma determinada situação produzida no passado, seja para modificar, aumentar ou diminuir esses efeitos. (ROUBIER, 1929, p. 400, tradução nossa).²³

Feitas essas considerações, cumpre lembrar que toda a construção teórica empreendida por Paul Roubier partiu de regra esculpida no Código Civil francês, ou seja, do tratamento infra-constitucional conferido pelo direito francês à matéria, cujo texto erigiu o princípio da irretroatividade da lei como solução para os problemas da intertemporalidade jurídica, sendo que sua construção teórica por mais que se pretenda de teoria do direito, tem como pano de fundo a tradição do direito civil, de matriz privatista e liberal. Contudo, o tratamento constitucional conferido ao sistema que disciplina a intertemporalidade faz emergir a discussão quanto à natureza constitucional do tema, merecendo a análise do presente trabalho.

²³ No original: “La loi qui gouverne lês effets d’une situation juridique ne peut, sans retroactivité, atteindre les effets d’une situation de cette sorte avait produits sous la antérieure, qu’il s’ agisse d’ailleurs de modifier, d’accroître ou de diminuer ces effets.”.

2.6 O caráter constitucional do princípio da (ir)retroatividade e a solução conferida pelo direito brasileiro para o problema do conflito das leis no tempo: retroatividade ou irretroatividade da lei?

O status normativo conferido ao princípio da irretroatividade tem se mostrado um tema carregado de controvérsias, pois não há consenso a respeito da postura legislativa no tratamento do tema pelos mais diversos sistemas de direito. Destarte, enquanto alguns silenciam a respeito, houve quem estatuiu o princípio da irretroatividade como regra de legislação ordinária²⁴ ou regra de natureza constitucional²⁵. Imperioso destacar que a opção entre o caráter constitucional ou infra-constitucional da matéria apresenta uma diversidade enorme de justificativas.

Apenas para citar algumas, há quem defenda que o princípio da irretroatividade se trata de uma regra de hermenêutica dirigida aos juízes e não ao legislador, daí a opção pelo caráter infra-constitucional no tratamento conferido à matéria (CAMPOS, 1938, p. 235). Outros chegam a afirmar que erigido à regra constitucional, o princípio da irretroatividade traria substanciais entraves às reformas de interesse público, e até mesmo à realização de melhorias sociais. Por outro lado, os defensores do caráter constitucional do princípio da irretroatividade sustentam o entendimento de que se trata de uma importante garantia individual, ao passo que ocupa posição de destaque entre os princípios da ordem social e política. Essa visão é defendida por Limongi França, para quem a adoção da matéria por norma infraconstitucional, a exemplo do que ocorre na generalidade das nações europeias e latino-americanas “constitui um sinal de atraso na evolução jurídico-política da matéria, que em nada abona a orientação dêsses (sic) países.” (FRANÇA, 1968, p. 391).

A exemplo do que previam as Cartas Constitucionais de 1934, 1946 e 1967, o direito brasileiro erigiu a regra consagrada pelo art. 5º, inciso XXXVI da Constituição da República (BRASIL, 1988)²⁶, como um dos “principais contornos da disciplina que nosso direito

²⁴ O direito alienígena tem optado em sua maioria pelo tratamento infra-constitucional da matéria, a exemplo do que ocorre na França e na Itália.

²⁵ Sobre o tratamento constitucional conferido ao princípio da irretroatividade, importante fazer o seguinte registro: “*Todavia, dentro de uma análise global, em que pese serem constantemente lembradas as Constituições dos EUA de 1789, da França de 1795, da Noruega de 1814, do México de 1917, da Venezuela de 1961, da Espanha de 1978, de Portugal de 1976, com a alteração dada pela lei Constitucional 1/82 e as próprias Constituições brasileiras, com exceção da de 1937, não se pode deixar de constatar que historicamente têm sido minoritários os países que consagram em suas Cartas Magnas a regra da irretroatividade das leis.*” (CARDOZO, 1995, p. 301-302).

²⁶ “Art. 5º (...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

positivo dedica ao fenômeno do conflito das leis civis no tempo” (CARDOZO, 1995, p. 309). No entanto, a leitura desse texto normativo não indica incompatibilidade alguma com o fenômeno da retroatividade, e tampouco com a irretroatividade. Sobre esse tema, chegam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins a afirmar que “a nossa lei maior, ao contrário do que muitas vezes somos levados a crer, não consagra o princípio da irretroatividade, nem de forma implícita, nem explícita” (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 191-192). Segundo esses autores, a Constituição brasileira não esclarece se a regra adotada foi a da retroatividade ou irretroatividade da lei, pois, é sabido que se por um lado pode a lei retroagir sem atingir as realidades passíveis de salvaguarda, dispostas no art. 5º, inc. XXXVI da Lei Maior (BRASIL, 1988), por outro, ela pode não retroagir e proteger essas mesmas realidades.

Em vista disso, Cardozo (1995, p. 320) assevera que a solução adotada pelo direito brasileiro para solucionar o problema do conflito das leis no tempo foi deixada a cargo do legislador infra-constitucional, pois a Constituição se preocupou apenas em enunciar o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, razão pela qual a opção pelo princípio da retroatividade ou irretroatividade é passível de fixação e modificação pelo legislador ordinário, que por ocasião da edição da Lei de Introdução ao Código Civil, (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação conferida pela Lei 3.238 de 1 de agosto de 1957), cuja ementa foi alterada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, estabeleceu que no direito positivo brasileiro vige o princípio da irretroatividade das leis, consoante dispõe seu art. 6º, *caput*: “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Todavia, apesar da importância conferida a essa discussão ao longo dos anos, certo é que a salvaguarda do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada dos possíveis efeitos deletérios da lei nova, não se sustentam *per se*, porquanto são fundados no primado positivista de “segurança jurídica”, que por sua vez, carece de uma releitura nos dias atuais, pois “no Estado Democrático não é da segurança em si que se cogita como fundamento dos atos jurídicos, mas da **legitimidade** obtida pelo **processo** jurídico que venha a estabelecer a segurança almejada” (LEAL, 2005, p. 04).

Analisando o disposto no art. 5º, XXXVI da Constituição da República (BRASIL, 1988), apesar de o texto constitucional prever que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, importante destacar que o significado da expressão “lei” não se restringe àqueles atos de caráter geral e abstrato provenientes dos órgãos legislativos, mas a todo e qualquer provimento estatal, independentemente de suas características. Desse modo, o trecho constitucional se refere ao ordenamento jurídico como

um todo, estando a coisa julgada, a exemplo do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, protegidos contra eventuais abusos perpetrados pelos agentes estatais.

Todavia, cumpre destacar que a teoria discursiva do direito não permite se falar em direitos fundamentais absolutos, vindo esses a sofrer relativização em sua aplicação, conforme recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, Araújo (2007, p. 143) afirma que a Constituição brasileira classifica hermeneuticamente o instituto da “coisa julgada” como relativo. De sorte que,

se existe uma decisão judicial contrária a direitos ou garantias previstos na Constituição, com muito mais razão, existirá a possibilidade de tensão entre dois princípios constitucionais: a segurança jurídica (caracterizada pela estabilização das decisões oriunda da coisa julgada) e a adequação (entendida também como “justiça das decisões”). Observa-se, mais uma vez, que a tônica da dualidade entre o interesse público (segurança jurídica – coisa julgada) e privado (adequação das decisões – mitigação da coisa julgada) fica patente. (ARAÚJO, 2007, p. 143)

Portanto, nas palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (2004, p. 520), trata-se de uma tendência o caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de conferir igual importância ao interesse público e privado. Em outras palavras, é preciso reconhecer que o interesse privado não necessariamente configura um interesse egoístico e que nem sempre o interesse público reflete o que melhor atende aos interesses da comunidade. Dessa forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem propiciado a tensão entre o interesse público e o interesse privado na busca pelo alcance da decisão mais correta, sendo respeitadas as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório, isonomia e ampla defesa. Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal faz a seguinte afirmação:

Acrescente-se que o direito-garantia da coisa julgada como pressuposto constitucional cognoscitivo-constitutivo e extintivo de conflitos jurídicos pela via plenária (última) da judicialidade (art. 5º, XXXV, CB88) é que impede que o ato jurídico perfeito e o direito adquirido por provimentos terminativos ou transitados em julgado não sejam desfeitos por atos de discricionariedade ou livre arbítrio, porque assegura aos prejudicados o devido processo para que haja julgados por sentenças como provimentos recorrentes de procedimentos em contraditório com exaurimento da ampla defesa. Incorre em equívoco, portanto, a asserção de que a coisa julgada precisa ser relativizada ou mitigada em nome de justiça das decisões e de resultados ou do binômio justiça-segurança (preocupações inerentes ao velho Estado Social de Direito) como quis Pontes de Miranda e querem ainda, conforme Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior, Nigro Mazzilli, Ada Pellegrini Grinover e outros, rotulando-se inspirados em lições de Jorge Miranda, Cappelletti, Liebman e Couture. (LEAL, 2005, p. 09)

Noutro giro, cumpre apresentar outro dispositivo constitucional tendente a disciplinar o fenômeno da intertemporalidade jurídica, também previsto no art. 5º da Carta Magna, dessa

vez, no inciso XL, de onde emerge a seguinte regra: “a lei penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988). Desse modo, percebe-se que a Constituição proíbe o estabelecimento de situações jurídicas em que a lei penal alcance fatos ocorridos no passado, exceto para o caso de beneficiar os acusados. Apesar de estar previsto constitucionalmente que a irretroatividade da lei penal mais gravosa constitui um direito fundamental do cidadão, não se pode olvidar que o estabelecimento de uma regra geral para a solução do conflito das leis no tempo constante no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República (BRASIL, 1988), não responde a contento, o problema decorrente da sucessão de leis no tempo. Assim, inobstante o tratamento constitucional conferido à matéria, é de se ver que à luz da própria Constituição vigente, o tema ainda desperta intensos debates, a exemplo do que ocorre com a maioria dos temas concernentes ao Direito Intertemporal. Todavia, percebe-se que toda a base teórica do direito intertemporal encontra substrato no positivismo²⁷ jurídico, devendo ser toda ela revista sob um novo paradigma jurídico: o Estado Democrático de Direito.

E é sob essa ótica que o presente trabalho pretende responder à seguinte pergunta: Em termos de correção normativa, é possível aplicar normas processuais penais à prática de fatos ocorridos anteriormente ao início de sua vigência? E com relação aos processos em andamento, podem as normas processuais ser aplicadas imediatamente? Num primeiro momento, cumpre analisar a forma como esses problemas surgem, para, em seguida, refletir criticamente a respeito e empreender uma solução adequada ao paradigma jurídico vigente.

²⁷ Augusto Comte adotou esse termo para a sua filosofia, e graças à sua iniciativa, o **positivismo** passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do século XIX, contou com inúmeras manifestações nos países de cultura ocidental. O **positivismo** não aceitava outra forma de guia para a vida individual e social que não fosse a própria ciência, tal era seu romantismo com a ciência. Suas teses fundamentais eram: 1) A ciência é o único conhecimento possível e seu método é o único reconhecidamente válido; 2) Seu método por excelência era o descritivo, e consistia na descrição de fatos e sua explicação por meio de leis que conferiria certa previsibilidade dos acontecimentos; e 3) O método da ciência é o único válido, devendo se estender a todos os campos de indagação e atividade humanas. O **positivismo** assistiu a primeira manifestação ativa da ciência moderna na organização social, e constitui, até os dias de hoje, uma das principais correntes filosóficas, apesar do reconhecimento de que nem todas as manifestações humanas possam ser absorvidas pela ciência. (ABAGNANO, 2012, p. 909).

3 SOLUÇÃO DO DIREITO INTERTEMPORAL PARA O CONFLITO DE NORMAS PROCESSUAIS PENAIS NO TEMPO

Conforme visto no capítulo anterior, não mais subsiste a ideia de que a Constituição da República (BRASIL, 1988) conferiu ao legislador ordinário, a possibilidade de apresentar diferentes soluções para o problema da intertemporalidade conflitual de normas jurídicas, nos respectivos ramos do direito, desde que resguardados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A necessidade de revisão do conceito de segurança jurídica que decorre do paradigma jurídico democrático e o atual reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de que não existem direitos fundamentais absolutos, mudaram por completo esse cenário. Nesse diapasão, é preciso dar um salto epistemológico para que as bases teóricas do direito intertemporal sejam erguidas sob outro enfoque. Dessa vez, afastado da matriz positivista que sempre influenciou e ainda influencia toda a construção teórica e jurisprudencial referente à sucessão de leis processuais penais no tempo.

No campo do Direito Penal “o problema da sucessão de leis no tempo é resolvido segundo a garantia constitucional de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BADARÓ, 2008, 23). Assim sendo, percebe-se que o legislador constituinte optou pelo princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição da República (BRASIL, 1988), evitando que a lei penal posterior retroaja para alcançar fatos pretéritos, caso sua aplicação prejudique o agente.

Já a temporalidade jurídica do direito processual penal se rege mediante os ditames da parêmia *tempus regit actum*, consagrada pelo art. 2º do Código de Processo Penal²⁸. Nesse sentido, Badaró (2008) assevera que as novas normas processuais penais são dotadas de eficácia imediata, podendo ser aplicadas aos processos em andamento, ainda que esse tenha por objeto apurar fatos ocorridos anteriormente ao início de vigência da nova lei.

Acontece que o enunciado do princípio *tempus regit actum* ou princípio da imediatidade apresenta muito mais problemas que soluções para o conflito entre leis processuais no tempo, apresentando uma série de incertezas e equívocos conceituais que não esclarecem se sua aplicação se dá em termos de ato processual, fase processual ou processos futuros. Dessa maneira, Badaró (2008) elenca três fórmulas na tentativa de resolver o

²⁸ Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo de validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

imbróglio: o sistema da unidade processual, o sistema das fases processuais e o sistema de isolamento das fases processuais.

A primeira solução consiste em propor uma unidade processual, ou seja, uma única lei processual a reger todo o processo, de modo a considerar ultra-ativa a lei anterior. Adotar o modo contrário seria totalmente inviável, pois a ineficácia dos atos processuais praticados, cumulado com a retroatividade da lei nova, acarretaria em grande prejuízo dos atos processuais realizados, e imensurável desperdício de tempo e recursos alocados. Na segunda proposta, cada fase processual é separadamente considerada, podendo as fases investigativa, intermediária e de julgamento serem regidas por leis diferentes entre si, observado o encerramento da respectiva fase iniciada sob a vigência da lei anterior para aplicação da nova lei à fase seguinte. Em outras palavras, a lei anterior torna-se ultra-ativa até o advento da nova fase processual. Por fim, o sistema de isolamento dos atos processuais permite que cada ato processual seja regido pela lei vigente à época de sua realização, garantindo a imediata aplicação da lei nova, sem limitações concernentes à fase em que se encontra o processo.

O direito brasileiro adotou o sistema de isolamento dos atos processuais, cujas regras servem de parâmetro para a solução dos problemas decorrentes da aplicação imediata das novas normas processuais penais. Todavia, é preciso indagar se esse critério de aplicação do princípio da imediatidade observa as garantias fundamentais do processo e sua estrutura procedimental, que segundo Fazzalari (1992), constitui um conjunto de atos e posições subjetivas que guardam unicidade e coerência lógica até a chegada do provimento final.

À margem dessa preocupação, é comum encontrar textos científicos e decisões judiciais sustentando a aplicação imediata ou até mesmo a retroatividade de uma nova norma processual penal com base em critérios importados do Direito Penal, tais como a irretroatividade da lei penal mais gravosa. Como se o Direito Processual jamais tivesse alcançado a autonomia científica que o fez destacar do direito material, e que possibilitou o surgimento de modernas teorias processuais, cada vez mais alinhadas ao estudo do processo constitucionalizado. Nesse cenário, o presente capítulo pretende demonstrar a influência de teorias do processo na busca pela solução dos problemas decorrentes da sucessão entre normas processuais penais no tempo.

3.1 A autonomia científica do direito processual frente ao direito material

É impossível tecer críticas ao modo de aplicação do princípio *tempus regit actum* no direito processual penal brasileiro, sem se aprofundar no estudo das teorias do processo, mormente na teoria do processo como relação jurídica²⁹. Pretende-se no presente tópico analisar criticamente uma teoria que apesar de seus equívocos conceituais, segundo Rosemiro Pereira Leal (2011), foi o marco da autonomia do processo ante o conteúdo do direito material. Afinal, não se pode desprezar o conhecimento adquirido no passado, e, nesse ponto, razão assiste a Cândido Rangel Dinamarco (2004) ao adotar o seguinte entendimento:

não se faz ciência por saltos e ninguém pensa sozinho, ainda que se iluda ao crer que está pensando sozinho (...), o que escrevo eu, o que escreveram meus antecessores e o que continuará a ser escrito são passos de uma caminhada cujo começo se conhece razoavelmente mas cuja consumação não ocorrerá jamais, enquanto o homem for homem e enquanto o gênio humano for capaz de criar. (DINAMARCO, 2004, p. 30)

A teoria do processo como relação jurídica, criada por Oskar Bülow³⁰ (1868) e aprimorada pelos italianos, Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman, influenciou a elaboração do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, sendo adotada por inúmeros estudiosos do Direito Processual, chegando ao ponto de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2012, p. 313) afirmarem que, no Brasil, tais ideias são acatadas por todos os processualistas de renome.

²⁹ Hélio Tornaghi afirma que a teoria do processo como relação jurídica foi bem aceita tanto no processo penal quanto no processo civil. Segundo o autor, “o processo pode ser visto como procedimento, quanto ao aspecto exterior, e como relação jurídica, quanto à essência. Relação que se caracteriza pela unidade, pela complexidade e pelo dinamismo. É a resultante, não apenas a soma, de todas as relações que no processo existem entre cada uma das partes e o juiz. É rio para o qual confluem todos os cursos d’água, sem deixar por isso de ser um só. É una, embora complexa. E não é estática, mas dinâmica, melhor cinemática: é uma relação em movimento.” (TORNAGHI, 1987, p. 08).

³⁰ Oskar Von Bülow desenvolveu a teoria do processo como relação jurídica, por meio de obra publicada em 1868, sob o título original *Die lehre Von den processeinreden und die processvoraussetzungen*, cuja publicação em castelhano se deu quase cem anos depois, mais precisamente em 1964, com o título de *La teorie de las excepciones procesales y los presupuestos processales*. Nela, o autor sustenta em sete capítulos a tese de que há uma relação jurídica processual inteiramente distinta da relação privada discutida em juízo. A importância dessa obra para o estudo do Direito Processual foi tamanha que elevou o autor alemão à condição de fundador da ciência do processo. Afirmação essa com a qual Rosemiro Pereira Leal manifesta a sua discordância sob o seguinte fundamento: “Embora, como se vê do título da obra referida, Bülow tenha conjecturado a autonomia do processo por pressupostos que o distinguem do **direito material** disputado pelas partes, ainda assim é, a nosso ver, exagerada a afirmação de que o “processo como ciência jurídica surgiu” a partir da obra de Bülow em 1868, porque o Processo não é, em si mesmo, uma Ciência, mas **objeto de esclarecimento pela Ciência do Processo**. Bülow estabeleceu, com sua obra célebre, marcos teóricos para o delineamento do processo, sustentando uma **teoria** para conceituá-lo. Entretanto, ao defini-lo, indicou um conjunto de pressupostos que emprestariam ao processo os fulcros de sua autonomia teórica. Não desenvolveu Bülow uma atividade científica, mas uma teoria do processo, segundo suas arraigadas convicções” (LEAL, 2011, p. 59-60).

Antes relegada à esfera do direito privado³¹, coube à Bülow (1868) conferir tratamento e percepção adequados à nova ciência processual. Para isso,

trabalhou **pressupostos** de existência e desenvolvimento do processo pela **relação juiz, autor e réu** em que, para validade e legítima constituição do processo, seriam necessários requisitos que o juiz, autor e réu, deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto o direito disputado e alegado pelas partes se situava em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de direito material, criadora do **bem da vida** que define a matéria de **mérito**. (LEAL, 2011, p. 65 – grifo no original)

Suas ideias não coadunavam com a noção privatística das teorias do processo como “contrato” e “quase contrato”, vigentes até então, por abordarem o processo a partir de uma perspectiva publicística, enquanto relação jurídica de direito público que vincula as partes ao tribunal, cabendo aos juízes zelar pela formação e existência da relação processual, e, por conseguinte, de todo o direito. Assim, só mesmo a relação jurídica e o vínculo de subordinação nela pressuposta poderiam sustentar o projeto bülowiano. Nesse cenário, é possível dizer que teoria do processo como relação jurídica trouxe consigo a ideia de um processo instrumento da jurisdição³², passível de ser exercida exclusivamente no contexto do Estado Social, o qual pressupõe ser o Estado um “ente destinado a zelar pelo povo (comunidade vivente) e acomodar suas aspirações nacionais, com promessas de acatamento de seus valores, pouco importando o risco que tal implique às liberdades individuais.” (LEAL, 2008, p. 64).

Predominante na elaboração de códigos e leis processuais até os dias de hoje, a teoria do processo como relação jurídica teve em Chiovenda (1998) um de seus principais

³¹ Rosemiro Pereira Leal (2011) ao traçar minuciosamente as teorias elaboradas durante um século e meio de história do direito processual, apresenta duas teorias que insistiram no enquadramento desse ramo do direito na seara do direito privado, são elas: teoria do processo como contrato e teoria do processo como quase contrato. A teoria do processo como contrato teve Pothier (1800) como seu principal divulgador. Tal teoria defendia a ideia de que “o processo era um contrato entre os litigantes, que se firmava com o comparecimento espontâneo das partes em juízo para a solução do conflito.” (LEAL, 2011, p. 64). Inspirada nos ideais iluministas do século XVIII, sobretudo Rousseau, coloca a vontade dos particulares como única fonte de direito e dever, nada cabendo ao Estado senão acatar os pactos propostos pelos indivíduos. Dessa feita, não estavam os contendores obrigados a comparecer em juízo, mas uma vez que comparecessem, deveriam cumprir a decisão judicial, por força da *litscontestatio* (convenção das partes em acatar a decisão proferida pelo juiz). Essa teoria foi insuficiente à explicação da natureza jurídica do processo, pois, já na época em que foi criada, o juiz não precisava do aval das partes para tornar a sua decisão obrigatória. Já a teoria do processo como quase contrato restou defendida por Savigny e Guényvau (1850), que ao insistirem na ideia de incluir o processo na seara do direito privado, afirmavam que, não sendo o processo um contrato, seria um quase contrato, uma vez que ao ingressar em juízo, o autor já consentia em acatar a decisão proferida pelo juiz, independentemente de seu conteúdo ser favorável ou desfavorável, ainda que o réu não se apresentasse para debater a lide. A exemplo da teoria anterior, a teoria do processo como quase contrato fracassou na tentativa de explicar a origem jurídica do processo vez que àquela época, o juiz não precisava nem mesmo da anuência do autor para proferir sua decisão.

³² A expressão “jurisdição” deve ser compreendida “como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador” (LEAL, 2008, p. 60).

sistematizadores, cujos escritos reforçavam a ideia de que o processo era uma relação jurídica, conforme esclarece em uma de suas obras:

Antes que se possa julgar um pedido de atuação da lei, há que examiná-lo; isso produz um *estado de pendência*, no qual se ignora se o pedido é fundado ou não, mas se envida o necessário para sabê-lo. Durante esse estado de pendência, portanto, as partes (autor e réu) devem ser colocadas em situação de fazer valer suas possíveis razões; competem-lhe *deveres e direitos*. Daí a idéia singelíssima, e, não obstante, fundamental, vislumbrada por HEGEL, positivada por BETHMANN-HOLWEG, e explanada especialmente por OSKAR BÖLOW, e depois por KOHLER e muitos outros, inclusive na Itália: *o processo civil contém uma relação jurídica*. (CHIOVENDA, 1998, p. 77-78)

Ainda tratando o processo como complexo de deveres e direitos, Chiovenda (1998) relembra a antiga máxima “*iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*”, que, em vernáculo, quer dizer “o processo é atividade de três pessoas: o juiz, o autor e o réu” (tradução nossa). Provavelmente, essa lembrança tenha se dado porque durante o desenvolvimento do processo, autor e réu teriam o igual direito de receber o pronunciamento do juiz relativamente às suas duas ou mais aspirações contrastantes e outras tantas expectativas coincidentes, motivo pelo qual todo processo deveria ser considerado relação jurídica.

Nesse sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2010) sintetiza a teoria da seguinte forma:

(...) essa teoria enxerga no processo uma relação jurídica autônoma, singular e unitária, embora complexa, que vincula juiz e partes, os sujeitos do processo, definindo-lhes sujeição, poderes, direitos e obrigações. As idéias do vínculo pessoal coercitivo e da sujeição ou subordinação derivam dos traços marcantes de qualquer relação jurídica, segundo tradicional doutrina civilista, desde o Direito Romano. (...) Dita teoria considera o processo uma relação dinâmica, em movimento, “*cinemática*” (Tornaghi). Segundo sua formulação, o processo é encarado sob duas óticas, como procedimento, quanto ao seu aspecto exterior, e como relação jurídica, quanto à essência. É a soma resultante de todas as relações existentes no processo, entre cada uma das partes (autor, réu, terceiro interveniente) e entre estas e o juiz e vice-versa. (BRÊTAS, 2010, p. 86)

Apesar de seus adeptos afirmarem que a teoria em questão se destaca por apresentar a distinção entre processo e procedimento, é bem de ver que seus seguidores não foram além de proclamar ser o processo a “soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 49), e procedimento “apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p.

309), razão pela qual Aroldo Plínio Gonçalves (1992) tece severas críticas³³ às classificações ora empreendidas, sobretudo por basear a distinção entre processo e procedimento em critérios teleológicos.

Mas, se não foi possível distinguir a contento o conceito de processo e procedimento, uma das principais características da relação processual é que ela independe³⁴ da relação de direito substantivo levada a juízo pelo autor, o que para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2010), constitui o grande mérito de Bülow.

Nesse quadrante, importante destacar que o surgimento de uma nova compreensão científica do processo inaugurou duas correntes teóricas de classificação das características normativas do ordenamento jurídico, a saber: a teoria dualista e a teoria unicista ou unitária.

Chiovenda (1998), principal expoente da teoria dualista para o ordenamento jurídico, distinguiu norma material e norma processual com a justificativa de que

os institutos da **jurisdição** e da **ação** (procedimento) apresentavam qualidade normativa distinta dos conteúdos das normas materiais, porque aquelas (processuais) seriam normas de atuação dos direitos materiais. (LEAL, 2011, p. 61).

Assim, o autor italiano explica que a dualidade jamais seria do ordenamento jurídico, e sim das normas jurídicas, pois

A norma processual é regenciadora dos **atos jurídicos** formadores do **procedimento** e as **normas materiais** são, em bases processuais, criadoras de direitos, não se prestando a movimentar procedimentos para solução de interesses ou “conflitos de interesses”, porque instituintes de interesses e, por conseguinte, não procedimentais. (LEAL, 2011, p. 61 – grifo no original)

³³ Nesse sentido: “A distinção pelo critério teleológico propicia ao processo a abertura de um leque de finalidades, dentre as quais a atuação do direito, mas suscita, dentre outras questões, um problema para o qual não se encontra resposta adequada. É que, se o procedimento se constitui em meio necessário, (pois não se aboliu, ainda, a necessidade da existência do procedimento), para a existência, ou o desenvolvimento, ou a ordenação, do processo, tem, então, o caráter teleológico que toda técnica intrinsecamente comporta, como meio idôneo para atingir finalidades. Mesmo considerado como série de atos, como forma de ordenação, como meio de se estamparem os atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, por que sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada.” (GONÇALVES, 1992, p. 65-66).

³⁴ Segundo Tornaghi, a relação de direito substantivo remete ao vínculo entre o titular de um direito e o da obrigação correspondente. Tem por objeto um acontecimento anterior, que independe de qualquer processo, permanecendo o juiz alheio a todo esse acontecimento, a menos que o caso seja levado até ele, ocasião em que surge a relação processual, decorrente do vínculo entre autor e réu com o juiz. Pode ser, ainda, que as partes no processo não sejam as mesmas da relação substantiva, como é o caso da substituição processual. Por fim, importante destacar que a negação do direito invocado pelo autor não impede a formação da relação processual, pois “As normas que disciplinam a atividade das partes em juízo não são as mesmas que regulam a maneira de elas agirem para a constituição e o desenvolvimento da relação de Direito substantivo.” (TORNAGHI, 1987, p. 59-60).

Por outro lado, a teoria unicista ou unitária, teve como seu maior representante, Francesco Carnelutti (2000),

que, como outros, considerava que normas processuais e materiais se integravam de tal sorte que se tornavam complementos recíprocos e indissociáveis, permitindo estabelecer uma **Teoria Geral**, não só do processo, como também do Ordenamento Jurídico, por uma hermenêutica de compreensão indivisível do Direito, formulado numa esfera soberana de poder (Sociedade Jurídico-Política, **Estado**). (LEAL, 2011, p. 61)

Ao lado das normas materiais, cujo objetivo seria a composição imediata do conflito de interesses, Carnelutti (2000) revela a existência de normas instrumentais, as quais estariam destinadas a compor apenas mediatamente o conflito de interesses. Em outras palavras:

A distinção entre normas materiais e instrumentais se levanta, pois, do ponto de vista da diversa finalidade a que servem: as normas materiais *compõem imediatamente um conflito de interesses*, impondo uma obrigação e atribuindo – eventualmente – um Direito (subjutivo); as normas instrumentais, o compõem mediamente, atribuindo um *poder* (de compor) e impondo correlativamente uma *sujeição*. (CARNELUTTI, 2000, p.110)

Em síntese, cumpre destacar as principais distinções entre uma teoria e outra:

Para Chiovenda e outros, o ordenamento jurídico cinde-se nitidamente em direito material e direito processual (*teoria dualista* do ordenamento jurídico): o primeiro dita as regras abstratas e estas tornam-se concretas no exato momento em que ocorre o fato enquadrado em suas previsões, automaticamente, sem qualquer participação do juiz. O processo visa apenas à *atuação* (ou seja, à realização prática) da vontade do direito, não contribuindo em nada para a formação das normas concretas; o direito subjutivo e a obrigação preexistem a ele.

Para outros, como Carnelutti, o direito objetivo não tem condições para disciplinar sempre todos os conflitos de interesses, sendo necessário o processo, muitas vezes, para a complementação dos comandos da lei. O comando contido nesta é incompleto, é como se fosse um arco que a sentença completa, transformando-o em círculo. Para quem pensa assim (*teoria unitária* do ordenamento jurídico), não é tão nítida a cisão entre o direito material e o direito processual: o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente quando existe uma sentença. O processo teria, então, o escopo de *compor a lide* (ou seja, de editar a regra que soluciona o conflito trazido a julgamento). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 48).

A par de todas essas elucubrações, Gonçalves (1992, p. 64) assevera que a teoria do processo como relação jurídica se limita a firmar a diferença entre processo e procedimento mediante o critério teleológico, consistente em dotar o processo de finalidades, e considerar o procedimento delas destituído. Nesse sentido, o procedimento é tido como algo “puramente

formal”, que pode ser considerado uma técnica ou atos de uma técnica, ordenação de uma técnica, sempre separado do processo porquanto alheio às finalidades.

Importante destacar que:

Essa posição predomina na doutrina processual brasileira contemporânea, em que o procedimento comparece como técnica que “disciplina, organiza ou ordena em sucessão lógica o processo”, a técnica de “ordenação e racionalização da atividade a ser desenvolvida” (...). A doutrina pátria, em sua expressão mais jovem e brilhante, aprofundou o conceito de procedimento como “meio extrínseco” de desenvolvimento do processo, “meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo” até reduzi-lo a manifestação exterior do processo, “sua realidade fenomenológica perceptível”.

Em contraposição, ao processo é atribuída natureza teleológica, “nele se caracteriza sua finalidade de exercício do poder”, como “instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)”. (GONÇALVES, 1992, p. 65)

Nesse sentido, Gonçalves (1992, p. 65-66) critica tal distinção sob o fundamento de que extraída mediante critérios teleológicos, ela além de permitir que se abra ao processo uma série finalidades³⁵, levanta outro problema ao qual ainda não se tem resposta. É que sendo o procedimento fundamental para a existência, desenvolvimento e ordenação do processo, ele desfruta, necessariamente, do caráter teleológico inerente a toda técnica, enquanto meio idôneo para atingir determinadas finalidades. Portanto, ainda que considerado uma série de atos, uma forma de ordenação, ou ainda um meio de exteriorização dos atos do processo, não restam dúvidas de que o procedimento encontra-se eivado de sentido teleológico, haja vista que sua finalidade estaria explícita em sua funcionalidade.

Em vista disso, Leal afirma que a teoria do processo como relação jurídica acaba por estabelecer conexões entre processo e jurisdição, mediante escopos metajurídicos, tratando “o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade” (LEAL, 2011, p. 66). Nesse cenário, percebe-se claramente a função instrumental que o processo ocupa frente às atividades estatais, sempre na busca de pacificação social, pois, para os adeptos da teoria do processo como relação jurídica, “é antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa (o escopo social magno do processo e do direito como um todo).” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 50).

³⁵ Sobre os escopos do processo, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 393 p.

Portanto, salienta-se que a distinção entre normas materiais e normas processuais constitui um marco erigido sob o paradigma do Estado Social, cujo reflexo pode ser notado no Brasil, seja em termos de jurisprudência ou de produções científicas, objeto de análise a partir do próximo tópico.

3.2 A aplicação do princípio *tempus regit actum* no direito processual penal brasileiro

A forma como o princípio *tempus regit actum* é aplicado no direito processual penal brasileiro, denuncia a visão estritamente instrumental que o processo ostenta seja no âmbito acadêmico ou da práxis jurídica. Tal afirmação é comprovada a partir do momento em que textos acadêmicos³⁶ e decisões judiciais³⁷ vêm à tona, expressando sua afeição à antiquada noção de processo como instrumento da jurisdição, ou seja, um meio para a criação do direito em nome do Estado, sempre levando em consideração a experiência e o sentimento do julgador.

Deste modo, é sob a influência dessa matriz instrumentalista, e segundo critérios antiquados e incompatíveis com as atuais teorias do processo, mormente a teoria constitucionalista de processo, que o problema da sucessão de normas processuais penais no tempo é resolvido, sendo que, na tentativa de dirimir tais questões, a doutrina e jurisprudência brasileira classificam as normas processuais penais em normas processuais puras e normas processuais mistas (BARROS, 2012, p. 156).

Badaró (2008, p. 23) destaca a necessidade de se identificar os institutos regulados pela lei nova, a fim de aplicar a regra exata de sucessão de normas para cada hipótese. Logo, em se tratando a norma de caráter exclusivamente penal, o problema da sucessão de leis no tempo é resolvido segundo a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa, prevista no art. 5º, inciso LV da Constituição da República (BRASIL, 1988). Já a

³⁶ Para a confirmação da presente assertiva, conferir (DELFINO, 2007, p. 77-90), o qual realiza uma análise do problema do conflito das leis no tempo focada no direito processual civil, estabelecendo alguns critérios hermenêuticos para a sua superação. Já no campo do direito processual penal, conferir (RANGEL, 2008, p. 04); (BADARÓ, 2008, p. 23-26); (MOREIRA, 2008, p. 11-21). Todos esses autores empreendem o critério de classificação das normas processuais penais em mistas e puras para auxiliar na solução do problema do conflito entre normas processuais penais no tempo.

³⁷ Nesse sentido, ver decisões proferidas no âmbito do STJ: HC 84.230-SP, HC 32.361-RJ. Já para análise de decisões proferidas pelo STF, conferir: HC 78.320-3 São Paulo, HC 92.477-8 São Paulo, HC 104.555 São Paulo. Para melhor esclarecimento da matéria, todos os julgados serão pormenorizadamente analisados ao longo do presente tópico.

sucessão de normas processuais penais é resolvida mediante o princípio *tempus regit actum*, previsto no art. 2º do Código de Processo Penal – CPP (BRASIL, 1941)³⁸.

Ocorre que em vista da dificuldade no estabelecimento de um critério único para a solução da intemporalidade conflitual das normas processuais penais no tempo, o autor as divide em dois grupos: as normas processuais puras e as normas mistas ou normas processuais materiais. No artigo “*Problemas de Direito Intertemporal e as alterações do Código de Processo Penal*”, ele apresenta três tipos de normas jurídicas no Direito Penal e Processual Penal: normas de caráter exclusivamente penal, normas processuais puras e normas processuais mistas ou normas processuais materiais. Badaró destaca a controvérsia entre a maior e menor amplitude do conceito de normas processuais materiais. E o faz da seguinte maneira:

Uma corrente restritiva entende que são normas processuais mistas ou de conteúdo material, aquelas que, embora disciplinadas em diplomas processuais penais, disponham sobre o conteúdo da pretensão punitiva, como aquelas relativas ao direito de queixa ou de representação, à prescrição e à decadência, ao perdão, à perempção, entre outras.

Já a corrente ampliativa considera como norma processual de conteúdo material aquelas que estabeleçam condições de procedibilidade, constituição e competência dos tribunais, meios de prova e eficácia probatória, graus de recurso, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução de pena e todas as demais normas que tenham por conteúdo matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão. (BADARÓ, 2008, p. 23)

Ainda no texto, o autor não esconde sua preferência pela corrente ampliativa, justificando sua opção no fato de que toda norma regulamentadora de direitos e garantias fundamentais, ainda que se apresente sob a forma de lei processual, não perde o seu conteúdo material, tais como as normas que estabeleçam hipóteses de cabimento e tempo de duração das prisões cautelares, ou até mesmo a possibilidade de concessão de liberdade provisória em alguns casos. Para ele, a regra de direito intertemporal vigente será a mesma que disciplina o direito penal, qual seja, a da irretroatividade da lei penal mais gravosa³⁹.

³⁸ Art. 2º - A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

³⁹ Sobre a aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, nos casos em que se tratar de sucessão de leis processuais penais de caráter misto, Paul Roubier (1929) manifesta entendimento no sentido de que não é possível fazer uma avaliação acerca de qual lei é a mais branda e qual lei é a mais severa, devendo aplicar-se imediatamente a nova lei, conforme se expressa: “*Entendemos que as leis novas, em matéria de processo penal, se aplicam exatamente como as leis novas em matéria de processo civil, ou seja, a princípio, imediatamente*” (ROUBIER, 1929, tomo II, p. 680, tradução nossa). No original: “*Nous estimons que les lois nouvelles, en matière de procédure pénale, s’appliquent exactement comme les lois nouvelles en matière de procédure civile, c’est-à-dire en principe immédiatement*”.

Outro defensor das normas processuais penais materiais é Paulo Rangel (2008), que em artigo científico publicado sob o título “*O princípio da irretroatividade da lei processual penal material como garantia fundamental*”, faz a seguinte afirmação:

Destarte, podemos asseverar que existem normas processuais penais materiais que são amparadas pelo princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, por se tratar da garantia política do cidadão contra o exercício arbitrário do Estado e da sua mínima intervenção na esfera das liberdades públicas. (...)

Se o conteúdo do texto legal for de Direito Processual Penal material devemos submetê-lo à Constituição da República, sob pena do princípio da aplicabilidade imediata (art. 2º do CPP) se sobrepor ao da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, XL da CF). (RANGEL, 2008, p. 04)

A corroborar com esse entendimento, está Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2006), para quem a adequada solução para o problema da sucessão entre normas processuais penais no tempo “reside, primeiramente, em saber identificar uma norma processual pura de uma norma processual com conteúdo material (ou substancial).” (CARVALHO, 2006, p. 131). Desse modo, assevera que todas as normas processuais penais limitativas ao direito de liberdade devem ser consideradas de conteúdo material, submetendo-se ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, qualificando como inconstitucional previsão em contrário.

No entanto, enganam-se aqueles que pensam ser esse um posicionamento recente, pois há quase 60 (sessenta) anos, em clássica obra sobre direito intertemporal, Maximiliano assim se manifestou sobre o tema:

Postulados de Direito Substantivo e Adjetivo encontram-se, às vezes, na mesma lei ou na mesma fórmula; cumpre, neste caso, distinguir o que se atém ao Direito Material e o que diz respeito ao Formal, e assim resolver a questão da irretroatividade. (MAXIMILIANO, 1955, p. 314).

Da referida passagem, cumpre destacar que o desprezo⁴⁰ para com as normas processuais penais é tanto, que o autor chega a classificá-las como sendo “postulados de direito adjetivo”, ou seja, de caráter secundário, que carece de maiores reflexões a respeito da

⁴⁰ Apesar de Maximiliano partilhar do entendimento de que a distinção entre normas de direito material e formal (ou processual) seja um critério para a solução do conflito entre leis no tempo, importante destacar que segundo ele, o problema não se resolve mediante gradações de benignidade ou severidade da norma, consoante defendem Badaró (2008, p. 23) e Rangel (2008, p. 04). Observe: “No tocante aos preceitos formais, não existe gradação de benignidade ou severidade; porém, de intrínseca bondade, que se resolve na maior ou menor adaptabilidade à consecução do fim colimado, que é apurar a verdade e castigar o culpado.” (MAXIMILIANO, 1955, p. 313-314). Em outras palavras, o texto citado sustenta a ideia de que a norma processual penal constitui um modo de realização do *ius puniendi*, expressando um direito processual fundado no interesse público, cuja visão é partilhada pelo paradigma jurídico social.

aplicação imediata ou não da nova norma processual penal. Já com relação aos institutos jurídicos de caráter misto, Maximiliano afirma que a regra aplicável é sempre aquela correspondente ao critério indicado pela espécie determinada. Ou seja, no caso da *querela*, “o direito de queixa é substantivo”, enquanto o “processo da queixa é adjetivo” (MAXIMILIANO, 1955, p. 314), aplicando-se a solução de Direito Intertemporal adequada à respectiva hipótese. Ainda sobre o caráter misto da norma, o autor afirma:

O preceito sôbre (*sic*) observância imediata refere-se a *normas processuais no sentido próprio*; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material. (MAXIMILIANO, 1955, p. 314)

Ressalte-se, outrossim, que o critério de distinção entre normas processuais puras e normas processuais de conteúdo material encontra ressonância no direito estrangeiro. Nesse sentido, cumpre trazer as lições de Vincenzo Manzini (1951) sobre o assunto:

En materia de derecho procesal penal transitorio la regla es que las leyes judiciales (de ordenamiento y procesales) entran sin más en vigor al vencimiento del plazo general o particular que corre a partir de su publicación... Esta regla es una aplicación (y no un desconocimiento) del principio general, valido para toda ley, en virtud del cual, en ausencia de contrarias disposiciones expresas, la norma jurídica no puede aplicarse a hechos pasados, ni en forma que invalide los efectos ya madurados, ni en forma que quite, en todo o en parte (...) Y se comprende que las indicadas reglas sólo valen en cuanto se trate de normas procesales en sentido propio. Y verdaderamente, en los casos en que una norma jurídica, aun presentando ciertos caracteres de derecho penal procesal, ofrece, sin embargo, prevalentes caracteres de derecho penal sustantivo (...), se deben aplicar las reglas propias del derecho transitorio penal, que se compendian en la fórmula de la no extraactividad de las normas penales más restrictivas de la libertad (art. 2, Cod. Pen.) (...) Otro tanto hay que decir cuando la nueva ley no reconozca ya o restrinja un derecho subjetivo individual admitiendo por la ley abrogada: también en este caso vale el principio general de la no retroactividad en general de las leyes de derecho sustantivo. (MANZINI, 1951, p. 229, 231-232)

De semelhante modo, Nicolas Gonzales-Cuelar Serrano (1990) propõe a releitura da regra geral de aplicação imediata da norma processual penal, estabelecida pelo Código de Processo Penal espanhol, sustentando que o princípio da legalidade possui aplicação plena ao direito processual, razão pela qual todas as suas normas devem ser escritas, estritas e prévias. Ademais, conclui afirmando que a norma processual penal possui caráter imediato, desde que não atinja direitos garantidos na Constituição.

Alberto M. Binder (2003, p. 95-100) adota posicionamento semelhante, uma vez que, para ele, a norma processual penal apresenta função garantidora, a exemplo do direito penal, devendo se sujeitar às mesmas regras de Direito Intertemporal toda vez que funcionar como garantidora da política criminal do processo⁴¹. Desse modo, apresenta três exceções às regras da irretroatividade e da ultratividade benéfica, a saber: a) a nova norma não afete a orientação político-criminal do processo; b) a nova norma seja mais favorável; c) a nova norma versar sobre medidas cautelares.

Esse raciocínio foi seguido expressamente pela legislação brasileira, ao dispor que, em se tratando de prisão ou fiança, far-se-á a opção pela norma mais favorável, conforme indica o art. 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal - Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941 (BRASIL, 1941)⁴².

Cumprir destacar que a separação das normas processuais penais (gênero) entre normas processuais puras e normas de caráter misto (espécies) não é exclusividade dos textos acadêmicos, pois a mesma alcançou o nível de fundamento para a tomada de decisões judiciais envolvendo o problema da sucessão de leis processuais penais no tempo. Pelo menos esse vem sendo o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça⁴³ e Supremo Tribunal Federal⁴⁴, quando instados a se manifestar sobre o assunto.

Assim tem ocorrido no julgamento de questões envolvendo a execução de pena, mais precisamente quando o assunto analisado é a progressão de regime, uma vez que conforme a corrente ampliativa, as normas processuais que estabeleçam modalidade de execução da pena possuem conteúdo de direito material, pois tratam de direito ou garantia constitucional do cidadão, se submetendo ao princípio da irretroatividade da norma penal mais gravosa. Os tribunais vêm entendendo, portanto, que a aplicação da lei mais gravosa aos casos concretos, ainda que sob o rótulo de leis processuais, só é permitida nos casos de crimes cometidos posteriormente à data de sua vigência.

⁴¹ Importante destacar que o autor sustenta tal posicionamento escorado na redação da Constituição Argentina, que apresenta limites à aplicação imediata da lei processual penal, ao assim dispor: “Art. 18. Ninguém pode ser condenado sem um julgamento prévio fundamentado em lei anterior ao fato do processo.” (ARGENTINA, 1994, tradução nossa). No original: “Art. 18. Ningun habitante de la Nacion puede ser penado sin juicio prévio fundado em ley anterior al hecho del proceso”.

⁴² Art. 2º - À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis.

⁴³ Ver decisão do STJ em HC 84.230 (2007/0128320-0 – 24/09/2007), voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200701283200&dt_publicacao=24/09/2007.

⁴⁴ Ver decisão do STF em HC 92.477 -8 (São Paulo), 21/10/2008, 2ª Turma do STF, Ministra Ellen Gracie, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559835>.

A elucidar a importância da distinção entre as normas processuais penais no julgamento de casos concretos, cumpre trazer a lume excerto de acórdão proferido no Habeas Corpus nº 92.477-8 – SP, de relatoria da Ministra Ellen Gracie e publicado em 21/10/2008:

Observo que a norma prevista no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90, é de natureza mista, porquanto trata de matéria de direito penal e de direito processual penal. Reconheço que a retroatividade ou a ultra-atividade da norma penal deve ser considerada tendo como referência os benefícios gerados ao réu ou ao condenado, ao passo que a norma processual deve ter imediata aplicação. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

No caso em análise, o paciente havia sido condenado pela prática do crime de tráfico de substâncias entorpecentes, sendo estabelecido o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, nos termos da antiga⁴⁵ redação atribuída ao art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90 (BRASIL, 1990). Ocorre que após o cumprimento de mais de 1/6 (um sexto) da pena⁴⁶ e mediante a nova redação atribuída pela Lei nº 11.464/07 (BRASIL, 2007), ao art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90⁴⁷, o paciente postulou a progressão do regime prisional, sendo o seu pedido indeferido pelo juiz da execução penal, sob o fundamento de que havia a necessidade de observar os percentuais dispostos pela nova redação do art. 2º, §2º da Lei nº 8.072/90⁴⁸, que ampliou o prazo para ter direito à progressão de regime nos casos de condenados por crimes hediondos, de 1/6 para 2/5 ou 3/5 da pena, considerando a primariedade ou não do apenado, respectivamente.

Nesse sentido, tendo em vista a maior gravidade de lei posterior, e tratando as normas concernentes à execução penal como normas de natureza mista, o Supremo Tribunal Federal entendeu, à unanimidade, que os novos prazos seriam considerados apenas para os crimes praticados posteriormente à entrada em vigor da nova lei, aplicando-se, portanto, a irretroatividade da lei penal mais gravosa nos casos dos crimes cometidos anteriormente a ela. Observe:

⁴⁵ Art. 2º (...).

§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

⁴⁶ Desde a declaração de inconstitucionalidade da norma que vedava o direito à progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, restou aplicado o entendimento de que havia a necessidade de cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior, para que o juiz pudesse analisar a possibilidade ou não dessa progressão. Tal prazo está previsto no art. 112, *caput* da Lei nº 7.210/84 (Lei de execuções penais).

⁴⁷ Art. 2º (...).

§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

⁴⁸ Art. 2º (...).

§2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

5. Consigno que o julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90.

Assim, houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 (sic) para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. Contudo, levando em conta que – considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP – o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.646/07 (sic) (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada.

Registro que há mesma orientação acerca da matéria no âmbito do STF, conforme se depreende da leitura do acórdão da 1ª Turma desta Corte no HC nº 92.410/MS (DJ 01.02.2008):

Habeas corpus. Direito penal e Processual Penal. Prova ilícita. Circunstâncias judiciais consideradas indevidamente. Requisito temporal para a progressão de regime prisional quanto aos crimes hediondos cometidos antes do início da vigência da Lei nº 11.464/07. Precedentes. 1. (...) 2. A declaração de inconstitucionalidade da redação original do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, havida no julgamento do HC nº 82.959/SP (Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º/9/06), impede que, mesmo em um plano abstrato, ele seja tomado como parâmetro de comparação quando se investiga se a Lei nº 11.464/07 é mais benéfica ou mais gravosa para o réu. 3. Com relação aos crimes hediondos, cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais (HC nº 91.631/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, julgado em 16/10/07), aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica. 4. Considerando que a sentença condenatória restabelecida pela decisão impugnada do Superior Tribunal de Justiça impunha o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, concede-se a ordem, de ofício, para que o Juízo responsável pela execução da pena aprecie o pedido de progressão, observado, quanto ao requisito temporal, o cumprimento de 1/6 da pena”.

No mesmo sentido: HC 94.025/SP, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 03.06.2008. Neste último julgado, ficou expressamente consignado que “relativamente aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais, aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica”.

6. Ante o exposto, **concedo** a ordem de *habeas corpus*, por considerar possível a progressão do regime prisional desde que atendido o requisito temporal de cumprimento de 1/6 da pena, **confirmando** decisão que havia concedido liminar em favor do paciente, cabendo ao juiz da execução da pena apreciar o pedido de progressão, inclusive quanto à presença dos demais requisitos, considerando o fator temporal acima indicado.

É como voto. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

Importante salientar, no entanto, que em inúmeras situações a sucessão de normas processuais penais no tempo é analisada pelos tribunais superiores à luz do princípio *tempus regit actum*, mais precisamente nessa distinção entre normas processuais e normas processuais materiais ou normas processuais mistas. É o caso, por exemplo, das mudanças

legislativas que suprimem um recurso ou que alteram a estrutura procedimental do processo penal.

Assim ocorreu no julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (2012) no Habeas Corpus nº 31.585 – SP, cujo relator foi o Ministro Vasco Della Giustina, em que restou discutido o direito do acusado condenado a mais de 20 (anos) de prisão ter um novo julgamento, mediante o recurso do protesto por novo júri. E embora o fato criminoso tenha sido praticado antes da revogação dos artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal – CPP pela Lei 11.689/2008, o tribunal entendeu não ser cabível, uma vez que se tratando de norma estritamente processual, a sucessão de leis processuais penais no tempo é regida pelo princípio *tempus regit actum*, conforme aduz o art. 2º do Código de Processo Penal – CPP.

Segue trecho do referido acórdão para análise:

No âmbito do direito processual penal, ao se tratar da aplicação da lei penal no tempo, vige o princípio do efeito imediato, representado pelo brocardo latino *tempus regit actum*, conforme previsão contida no art. 2º do Código de Processo Penal.
(...)

Dessa maneira, a Lei 11.689 de 9 de Junho de 2008, que retirou do ordenamento jurídico o protesto por novo júri, tem aplicação imediata e incidirá imediatamente sobre os atos processuais subsequentes.

In casu, a sentença condenatória fora proferida em 12.4.2011, ou seja, o interesse recursal surgiu muito tempo após da vigência da norma que extinguiu o referido recurso, razão pela qual no momento da irresignação contra o édito condenatório, já não havia a previsão do protesto por novo júri.

Outrossim, no que pese o fato criminoso ter sido praticado antes da edição da Lei n. 11.689/08, tal circunstância não tem o condão de manter a aplicação do dispositivo outrora revogado, visto que o tema circunscreve-se à matéria estritamente processual e a prolação da sentença condenatória ocorreu em 12.4.2011. (BRASIL, 2012)

Percebe-se na fundamentação do acórdão que as normas processuais penais relativas a recursos são reconhecidamente tratadas como normas estritamente processuais, e por essa razão, sua modificação apresenta efeitos imediatos, não importando que sua aplicação seja no sentido de suprimir recurso de uso exclusivo da defesa. Destarte, essa modificação alcança todos os processos em andamento, ainda que os fatos imputados tenham ocorrido em período anterior à mudança da lei. Em outras palavras, a lei do recurso é sempre aquela vigente à época em que foi publicada a decisão impugnada.

A corroborar o entendimento acima explicitado, cumpre destacar a posição de autores da escola instrumentalista, cuja influência de seus ensinamentos é percebida diuturnamente nas decisões colacionadas:

Como anotamos em tópico anterior a matéria é regida pelo princípio de que a recorribilidade se regula pela lei em vigor na data em que a decisão foi publicada,

por se tratar de norma de natureza processual (art. 2º CPP). Ademais, ainda que o julgamento pelo júri constitua uma garantia constitucional, o recurso em questão não o é, pois não constitui elemento essencial ao funcionamento da instituição, nem se inclui entre suas garantias declaradas expressamente pela Constituição (art. 5º, XXXVIII, a, b, c e d). Assim, pensamos que o recurso de protesto por novo júri não tem cabimento, a partir da vigência da Lei 11.689/2008. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 181).

Contrário a esse posicionamento, mas se utilizando do critério da divisão das normas processuais penais em normas processuais puras e normas processuais mistas, tão difundidas no seio acadêmico e na prática jurídica, Grandinetti Castanho de Carvalho (2009) entende que a supressão do recurso de protesto por novo júri só terá aplicação para os crimes cometidos posteriormente à entrada em vigor da Lei nº 11.689/08, pois, argumenta que essa norma processual penal apresenta conteúdo de direito material relacionado a direitos fundamentais.

Outra questão que emerge do problema da sucessão de normas processuais penais no tempo seria de ordem procedimental, e que não se resolve assim tão facilmente. Segundo Badaró (2008), algumas regras têm aplicação imediata, tais como as regras probatórias introduzidas pela Lei nº 11.690/08⁴⁹ e várias modificações produzidas no procedimento do Tribunal do Júri pela Lei nº 11.689/08⁵⁰. No entanto, o autor ressalva a possibilidade de aplicação da lei imediata em alguns casos, de modo que “o procedimento envolve uma sequência de atos isolados, mas teleologicamente unidos entre si, de forma que um ato seja causa do subsequente, e assim sucessivamente, até o ato final.” (BADARÓ, 2008, p. 24). Nesse sentido, justifica a adoção do critério do isolamento dos atos processuais e conclui da seguinte forma:

Assim, não será possível adotar o novo procedimento do *iudicium accusationis*, instituído pela lei nova, para os processos em que já tenham sido realizadas a audiência de interrogatório e a audiência de oitiva de testemunhas de acusação, segundo o regime atual do CPP. Neste caso, como a instrução começou segundo as regras atuais, que prevêm (sic) uma fase decisória escrita, haverá grande confusão caso se pretenda aplicar imediatamente, apenas em parte, a nova disciplina de audiência concentrada de instrução e debates. (...)

⁴⁹ Segundo Badaró, as seguintes regras probatórias terão aplicação imediata: “a regra que reduz de dois para apenas um o número de peritos oficiais (CPP, art. 159, *caput*), a que prevê o novo sistema de perguntas para as testemunhas (CPP, art. 159, *caput*), a que prevê o novo sistema de perguntas para as testemunhas (CPP, art. 112), ou a que admite o assistente técnico nas perícias (CPP, art. 159, §3º). Também será imediatamente aplicável a nova hipótese de absolvição prevista inc. V do art. 386 do CPP.” (BADARÓ, 2008, p. 24).

⁵⁰ Em semelhante sentido da nota de rodapé anterior, Badaró afirma que muitas são as mudanças no procedimento do tribunal do júri a serem aplicadas imediatamente. São elas: “as que alteram a sessão de julgamento, ampliando o número de jurados para 25 (CPP, art. 447), possibilitando o julgamento sem a presença do acusado (CPP, 457, *caput*), dando nova disciplina da instrução em plenário, com a realização do interrogatório após a oitiva de testemunhas (CPP, art. 473 e 474), simplificando dos (sic) quesitos (CPP, art. 483), entre outras. Também poderão ser imediatamente aplicáveis as novas hipóteses de absolvição sumária (CPP, art. 415, incs. I, II e III).” (BADARÓ, 2008, p. 24).

Problemas semelhantes certamente surgirão com a aplicação imediata da Lei n. 11.719/08, que alterou a disciplina do CPP, quanto ao procedimento comum, ordinário e sumário. (...) Se somente tiver ocorrido o oferecimento da denúncia ou queixa, quando o início de vigência da lei nova, o juiz poderá aplicar imediatamente a nova redação do art. 396, *caput*, do CPP, e determinar a citação do acusado para oferecer resposta no prazo de 10 dias, ao invés de citá-lo, para o interrogatório, como na sistemática atual. Porém, já tiver havido o recebimento da denúncia, a citação e o interrogatório, de acordo com a lei atual, não será possível “misturar” a duas fases postulatórias. Deverá então, ser apresentada, no prazo de 3 dias, a impropriamente chamada “defesa prévia”, segundo a sistemática atual do art. 395 do CPP, que terá eficácia ultra-ativa. (BADARÓ, 2008, p. 24)

Badaró (2008, p. 24) sustentou seu posicionamento escorado na teoria do isolamento das fases processuais, preconizando o entendimento de que a nova lei deveria ser aplicada a partir da fase instrutória, havendo a necessidade de algumas adaptações, pois se no regime anterior o interrogatório integrava a fase postulatória e precedia a instrutória, no regime atual o interrogatório é realizado na audiência de instrução e julgamento, após a oitiva das testemunhas.

Apesar da solução acima ter ampla aceitação entre os adeptos da escola paulista de processo, é bem de ver que ela não apresenta qualquer preocupação com a noção de processo como garantia de direitos fundamentais, sobretudo com os princípios do contraditório e a ampla argumentação, cuja análise será abordada mais adiante, mas cumpre adiantar, é fundamental na busca de uma interpretação constitucionalmente adequada. Em vista disso, Barros adverte que a modificação

no procedimento após o seu início, quando não se tratar de ampliação de garantias processuais às partes, e que, por consequência, tem o condão de gerar surpresa e situação processual desfavorável, não pode ser aplicada, por afetar o modelo constitucional de processo. (BARROS, 2009, p. 190)

Nesse sentido, atento às garantias constitucionais do processo é que devem ser discutidas as questões de direito intertemporal na seara processual penal. Destarte, Barros (2009, p. 191) defende que inobstante o interrogatório tenha sido realizado e apresentada a defesa prévia nos termos da legislação antiga, deve o juiz abrir vistas para que a defesa complemente os pedidos da defesa inicial, aplicando-se imediatamente o procedimento da Lei nº 11.719/08, sob o fundamento de que a defesa escrita é mais ampla que a defesa prévia, podendo levar à rejeição da denúncia ou à absolvição sumária. Nesse sentido, ainda que o acusado tenha sido interrogado nos termos da lei antiga, como haverá a audiência de instrução e julgamento nos termos da lei nova, nada impede que ele seja novamente interrogado.

Contudo, em que pese a argumentação expendida, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal⁵¹ vem resolvendo esse imbróglio à luz da teoria das nulidades, conforme se depreende do acórdão proferido no Habeas Corpus nº 104.555 – SP, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, que assim se pronunciou, quando instado a se manifestar sobre pedido de realização de novo interrogatório ao final da audiência de instrução e julgamento, *in verbis*:

A pretensão não merece prosperar.

Como se sabe, nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal, a lei adjetiva penal tem eficácia imediata, preservando-se os atos praticados anteriormente à sua vigência, isso porque vigora, no processo penal, o princípio “*tempus regit actum*” segundo o qual são plenamente válidos os atos processuais praticados sob a vigência de lei anterior, uma vez que as normas processuais penais não possuem efeito retroativo.

(...)

Ora, a referida lei, publicada em 23/6/2008, entrou em vigor 60 (sessenta) dias após, portanto, em 22/8/2008.

Colho dos autos que o interrogatório do paciente foi realizado em 30/7/2008 – data anterior à vigência do novel diploma processual – de modo que não há falar em cerceamento de defesa, porquanto o ato foi realizado nos moldes da legislação vigente à época.

Nesse sentido menciono, entre outros, os seguintes precedentes desta Corte: RHC 88.512/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso, HC 97.313/GO, Rel. Min. Ellen Gracie, HC 90.963/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, HC 91.140/PE, Rel. Min. Eros Grau.

Ainda que assim não fosse, esta Corte vem adotando o entendimento de que somente se declara nulidade de ato processual se houver demonstração de efetivo prejuízo sofrido pela parte.

(...)

Verifico, porém, que o impetrante não se desincumbiu de tal ônus. Ao contrário, da leitura da inicial, infere-se que o paciente foi absolvido da imputação que lhe foi feita, razão pela qual é de se repelir a pretensão ora veiculada ante a inexistência de prejuízo.

Pelo exposto, denego a ordem. (BRASIL, 2010).

À luz do citado acórdão, percebe-se que o paciente havia sido denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro – CTB (BRASIL, 1997)⁵². E sendo a denúncia recebida em 12.05.2008, foi determinada a expedição de carta precatória para o interrogatório do réu, cuja realização se deu em 30.07.2008, ou seja, anteriormente à entrada em vigor da nova redação conferida pela Lei nº 11.719/08, ao art. 400 do Código de Processo Penal – CPP (BRASIL, 1941). Ainda assim, o impetrante requereu a realização de um novo interrogatório do paciente, sendo o pleito inicialmente deferido, mas logo em seguida, revogado pelo juiz. Em vista disso, o paciente impetrou *habeas corpus* no

⁵¹ Ver decisão do STF em HC 104.555 (São Paulo), 28/09/2010, 1ª Turma do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747350>.

⁵² Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção do veículo automotor:

Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Tribunal de Justiça de São Paulo e posteriormente, ao Superior Tribunal de Justiça, tendo a ordem sido denegada em ambas as impetrações.

A alegação do impetrante era de que o paciente sofreu constrangimento ilegal em virtude da não realização de novo interrogatório após o término da audiência de instrução e julgamento, nos termos da nova redação conferida ao art. 400 do CPP (BRASIL, 1941). Sustentou ter havido prejuízo, pois tivesse havido novo interrogatório, as alegações da testemunha de acusação teriam sido justificadas e o Ministério Público não teria interposto recurso de apelação. Nesse sentido, pleiteou a concessão da ordem e a consequente anulação dos atos processuais praticados após o despacho que revogou a designação de novo interrogatório.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal referendou as decisões anteriores, no sentido de não identificar constrangimento ilegal, abuso de poder ou teratologia que justificasse a concessão da ordem, sob o fundamento de que vige no processo penal, o princípio *tempus regit actum*, que autoriza a aplicação imediata de nova norma processual penal, preservados os atos praticados sob a vigência de lei anterior, porquanto as normas processuais penais não são dotadas de efeitos retroativos. Ademais, sendo o interrogatório realizado segundo a lei vigente à época, não houve que se falar em cerceamento de defesa. Por fim, a corte não identificou qualquer prejuízo ao paciente, uma vez que o paciente chegou a ser absolvido da imputação a ele atribuída, razão pela qual não foi declarada a nulidade do ato processual.

Em se tratando da modificação das leis processuais penais concernentes à fixação de competência para julgamento, o tema se afigura bastante tormentoso, por tratar de assunto que alcança a garantia constitucional do juiz natural. No entanto, essa não vem sendo a preocupação do Supremo Tribunal Federal⁵³, que ao analisar demanda envolvendo a modificação de competência da justiça comum para a justiça militar, com o feito ainda em andamento, mais uma vez, relegou as garantias constitucionais do processo ao segundo plano, consoante trecho da fundamentação do acórdão proferido em sede de Habeas Corpus nº 78.320 - 3 SP, *in verbis*:

As disposições concernentes à jurisdição e competência se aplicam de imediato, mas, se já houver sentença relativa ao mérito, a causa prossegue na jurisdição em que ela foi prolatada, salvo se suprimido o Tribunal que deverá julgar o recurso. (BRASIL, 1999).

⁵³ Ver decisão do STF em HC 78.320 - 3 (São Paulo), 02/02/1999, 1ª Turma do STF, Ministro Sydney Sanches, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77854>.

A respeito do Direito Intertemporal aplicável a temas como jurisdição e competência, Maximiliano já adotava tal entendimento:

Disposições concernentes à *jurisdição* e *competência* aplicam-se imediatamente; regem o processo e julgamento de fatos anteriores à sua promulgação. Até mesmo tribunais *excepcionais* (instituídos a propósito de estado de sítio, por exemplo) conhecem de crimes cometidos antes da sua constituição. (...)
Se, entretanto, já houve sentença relativa ao *mérito*, a causa prossegue no juízo onde surgiu o *verdictum*, salvo se foi suprimido o tribunal primitivo. (MAXIMILIANO, 1955, p. 312)

A corroborar esse entendimento, Batalha aduz que “a competência judiciária penal é fixada pela lei vigente em cada momento (incidência imediata) e não pela lei vigente ao tempo da prática do delito ou do início do processo penal” (BATALHA, 1980, p. 578), ressaltando, que, no Brasil, o problema não desperta maior interesse da doutrina em virtude da proibição em instituir juízes ou tribunais de exceção.

Sobre o assunto, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho aponta sua irresignação com o entendimento acima esposado tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto aquele apresentado pela teoria jurídica, afirmando que “cada caso penal deve ser apreciado e julgado por um único órgão jurisdicional, ainda que muitos possam, eventualmente, intervir no processo, em momentos diferenciados.” (COUTINHO, 2010, p. 797). Trata-se do princípio do Juiz Natural, previsto no art. 5º, inciso LIII, da Constituição da República/88, cujo enunciado “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*” vem acompanhado de perto pela regra do art. 5º, inciso XXXVIII, da Carta Constitucional (BRASIL, 1988), que assim dispõe: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, refletindo ambos os mandamentos em garantia fundamental do cidadão.

Desse modo, sustenta Coutinho (2010, p. 806) que o art. 2º do Código de Processo Penal – CPP tem sua aplicação impedida pelo princípio do Juiz Natural, toda vez em que a modificação de regra de competência se der após a consumação do crime, ou, no caso de tentativa, do local em que tiver ocorrido o último ato de execução, sempre em consonância com o que dispõe o art. 70 do CPP (BRASIL, 1941). Amparado nas lições de Jorge de Figueiredo Dias, o autor suplanta o princípio da imediatidade, sustentando que tais modificações produzirão efeito apenas para o futuro, não incidindo sobre os processos em andamento.

É de se ver que Figueiredo Dias (1974, p. 322-323), o mais proeminente defensor do princípio do Juízo Natural, o apresenta em três planos: 1) no plano da fonte, somente a lei

poderá instituir um juiz e estabelecer sua competência; 2) no plano temporal, tanto a fixação do juiz quanto a de sua competência devem ser estabelecidos por lei vigente ao tempo em que o fato considerado criminoso tenha ocorrido; e por fim, 3) no plano da competência, pois a lei que determine a competência do juízo deve ser anterior à ocorrência do fato tido por criminoso, evitando, assim, a criação de tribunais *ad hoc* ou de exceção. Tudo isso para evitar o direcionamento de juízes em determinadas causas penais, após a ocorrência dos fatos, buscando impedir a suspeita, *a priori*, de parcialidade por parte do julgador, algo que merece os devidos rechaços.

No entanto, merece destaque a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça⁵⁴:

A competência para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo atribuída aos juzados especiais criminais, a teor do art. 98, inc. I, da Constituição da República, **é delimitada em razão da matéria** e, por isso, é **absoluta**.

Não é possível olvidar, outrossim, que, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a definição de crimes de menor potencial ofensivo foi alterada, em razão do disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001, e albergou os delitos cuja pena máxima abstratamente cominada esteja limitada a 02 (dois) anos.

Portanto, observa-se, na hipótese, que a paciente, denunciada em 03 de julho de 2001, pelo crime tipificado no art. 331, do Código Penal, está sendo processada por juiz absolutamente incompetente, porquanto caberia ao Juizado Especial Criminal de Campos dos Goytacazes e não o Juízo de Direito da 1ª Vara daquela Comarca, como decidiu o Tribunal *a quo*, julgar a ação penal movida em desfavor do acusado.

Não há, dessa forma, como negar a possibilidade de se aplicar em favor da paciente a lei nova mais benéfica, pois, em se cuidando de *novatio legis in melius*, as disposições contidas na Lei nº 10.259/2001 se aplicam aos fatos anteriores a sua vigência que ainda estejam sendo processadas pela Justiça Pública.

(...)

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, CONCEDO A ORDEM para: declarar a competência do Juizado Especial Criminal de Campos dos Goytacazes para processar e julgar a ação penal instaurada em desfavor da ora paciente e anular, por consequência, todos os atos decisórios proferidos pelo juiz absolutamente incompetente. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2004)

A situação tratada no presente caso diz respeito a um *habeas corpus* impetrado no STJ contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que julgando conflito negativo de competência decidiu pela competência do Juízo de Direito da 1ª Vara da comarca de Goytacazes/RJ para processar e julgar uma paciente denunciada no dia 03 de julho de 2001, pelo crime tipificado no art. 331 do Código Penal⁵⁵ (BRASIL, 1940), sob o fundamento de que recebida denúncia anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 10.259/01, que ampliou o

⁵⁴ Ver decisão do STJ em HC 32.361 (Rio de Janeiro), 05/04/2004, 5ª Turma do STJ, Ministra Laurita Vaz, https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=459665&sReg=200302258100&sData=20040405&formato=PDF

⁵⁵ Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

conceito de crimes de menor potencial ofensivo, deveriam ser aplicadas as regras despenalizadoras da Lei nº 9.099/95 no juízo comum.

No entanto, o STJ concedeu a ordem, e declarou competente o Juizado Especial Criminal de Campos dos Goytacazes para processar e julgar a ação penal instaurada em desfavor da paciente, aventando a jurisprudência do próprio tribunal que alterou a definição de crimes de menor potencial ofensivo, em conformidade com o art. 2º da Lei nº 10.259/01⁵⁶ (BRASIL, 2001) então vigente, abrangendo os delitos cuja pena máxima em abstrato seja de 02 (dois) anos. E, apesar das disposições contidas na nova lei serem posteriores aos fatos imputados, o STJ entendeu que a nova lei deve ser aplicada imediatamente por se tratar de *novatio legis in melius*, devendo ser anulados todos os atos decisórios proferidos pelo juiz incompetente.

Segundo Carvalho, não há que se falar em violação ao princípio do juiz natural, pois essa é uma garantia constitucional que atua em favor do acusado, não podendo servir de empecilho para a adoção de uma solução ainda mais benéfica ao acusado. Em outras palavras, “trata-se, simplesmente, de reconhecer, em uma lei de processo, disposições da natureza material, consubstanciadas em direitos fundamentais ou em disposições penais e aplicar-lhes o consagrado princípio da legalidade.” (CARVALHO, 2006, p. 133).

Cumprido analisar, outrossim, a aplicação do princípio *tempus regit actum* no âmbito das modificações legislativas relacionadas à prisão e demais medidas cautelares. De acordo com Badaró (2008, p. 25) a corrente ampliativa entende serem as medidas cautelares relacionadas à prisão e liberdade, institutos de natureza processual penal, razão pela qual essas normas se submetem ao princípio da imediatidade. Destarte, novas hipóteses de prisão ou proibições à concessão de liberdade provisória poderiam ser aplicadas imediatamente, ainda que posteriores à ocorrência dos fatos apreciados e julgados nos respectivos processos criminais, inobstante a lei nova se apresente mais gravosa que a lei velha. Todavia, o autor consigna a prevalência do “entendimento de que as normas sobre medidas cautelares privativas ou restritivas da liberdade, por envolverem o status libertatis do indivíduo, afetando direitos e garantias fundamentais que lhe são assegurados” (BADARÓ, 2008, p. 25), apresentam conteúdo misto, submetendo-se ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Carvalho (2006, p. 132-133) partilha desse mesmo entendimento, sustentando que

⁵⁶ Atualmente, o art. 2º, parágrafo único da Lei nº 10.259/01 apresenta redação dada pela Lei nº 11.313/06. No entanto, interessa aqui a legislação vigente à época em que foi proferido o julgamento em análise:

“Art 2º. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.” (BRASIL, 2001).

toda a vez em que normas processuais penais limitarem o direito de liberdade do indivíduo, elas serão consideradas de conteúdo material, não retroagindo, se tratar de lei penal mais gravosa, sob pena de inconstitucionalidade e, retroagindo, se mais benéfica.

Enfim, percebe-se que as questões de direito intertemporal no processo penal ainda são solucionadas mediante interpretação positivista do princípio *tempus regit actum*, que além de desconsiderar o giro hermenêutico, sempre vislumbra uma única resposta para as demandas jurídicas, razão pela qual é possível afirmar que tais soluções não se coadunam com as exigências do paradigma jurídico atual, a saber: o Estado Democrático de Direito.

4 O GIRO HERMENÊUTICO E A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Importante destacar que as questões de direito intertemporal não podem ser respondidas a partir de diretrizes definidas *a priori*, sem se atentar para as diversas possibilidades de solução para o problema da sucessão de normas processuais penais no tempo no interior da dialética processual (BARROS; MACHADO, 2011, p. 211), pois no paradigma científico atual, o ato de aplicação da norma jurídica não se resume ao exercício de um raciocínio dedutivo, que se inicia por suposições e vai até a confirmação de uma hipótese por meio de experimentações, tal como as ciências naturais.

Ao longo dos capítulos anteriores, foi possível perceber que o entendimento empreendido pelos teóricos brasileiros e pelos tribunais superiores faz uso indiscriminado do princípio *tempus regit actum* na tentativa de simplificar um problema cuja resposta não se depreende assim tão facilmente. Logo, ao elegerem o critério da distinção entre normas processuais penais puras e mistas para definir sobre a proibição da retroatividade da norma, aplicação da retroatividade da norma em termos rígidos ou aplicação imediata da norma, tais operadores não escondem a dificuldade em reconhecer que as noções de neutralidade e objetividade no Direito não sobreviveram à mudança do paradigma científico.

No paradigma atual, a objetividade no Direito dá lugar à intersubjetividade trazida pela “filosofia da linguagem”, no qual

o ato de reconstrução de um texto não se reduz à opção de uma entre várias hipóteses de interpretação”, pelo contrário, “transforma-se num processo dialético, pautado pela fusão de horizontes daquele que interpreta, e o texto interpretado. (SOUZA CRUZ, 2004, p. 146).

Destarte, premente esclarecer a importância do rompimento da Ciência Jurídica com a filosofia da consciência, para a compreensão de que não há a menor possibilidade do homem chegar a uma única resposta correta para todas as demandas jurídicas, conforme o raciocínio dedutivo incorporado pela noção de método cartesiano, pois, segundo Gadamer (1997), não existe um método hermenêutico universal adequado ao alcance da resposta correta para todos os casos *sub judice*, servindo essa análise de ponto de partida para que o Direito buscasse novas formas de correção, jamais olvidando da subjetividade inerente à condição humana.

Logo, a argumentação assume posição primordial na hermenêutica contemporânea, pois durante a interpretação do texto normativo, o intérprete assume o papel de reconstruí-lo, não da forma discricionária como pretendia Kelsen (1979, p. 469-471), mas nos termos de um

novo padrão de correção da ciência jurídica. Nesse cenário, emerge a relação entre sujeitos da filosofia da linguagem: “não apenas entre o sujeito-intérprete e o sujeito-autor do texto, mas, no caso do Direito, entre os interessados na demanda, e entre o sistema social de intérpretes do Direito, ou seja, toda a sociedade” (SOUZA CRUZ, 2004, p. 146).

A partir do reconhecimento de que texto e norma se articulam por meio da linguagem, é preciso superar as fórmulas positivistas de aplicação do direito, pois elas não distinguem o texto da norma jurídica, sendo incapaz de dissociarem o texto de seu contexto de aplicação. Portanto, o presente capítulo versará sobre a origem do positivismo jurídico e sua influência sobre as principais teorias aplicáveis pelo Direito nos dias atuais, inclusive sobre o direito intertemporal, cuja solução precisa ser extraída de uma epistemologia adequada para o conhecimento jurídico na atualidade.

4.1 A origem do positivismo⁵⁷ jurídico e suas fórmulas de interpretação das normas jurídicas

Com o surgimento do paradigma científico-cartesiano, as ciências sociais e jurídicas se esforçaram para alcançar o mesmo grau de correção, certeza e demonstração matemática desenvolvida pela Revolução Científica do pós-humanismo. Em vista disso, foi preciso empreender regras/métodos que estabelecessem fórmulas objetivas de compreensão de todo o tipo de pensamentos/textos expostos por meio de palavras. Nesse sentido, atribui-se a Scheleiermacher o posto de fundador da hermenêutica moderna, já que anterior a ele, os métodos de abordagem de obras religiosas, literárias e filosóficas eram distintos entre si. Suas lições influenciaram as principais teorias da hermenêutica clássica, a saber: a Escola da Exegese, a Escola Histórica de Savigny e a “Jurisprudência dos Conceitos” de Puchta. Por meio da distinção entre interpretação gramatical e interpretação técnica durante o processo de apreensão de sentido de um texto, Scheleiermacher viabilizou a criação de técnicas de interpretação que ora buscassem a vontade da lei, ora a vontade do legislador (SOUZA CRUZ, 2004, p. 74). Desse modo, enquanto a interpretação gramatical “referia-se a uma

⁵⁷ Em importante estudo sobre o panorama global da cultura jurídica europeia, António Manuel Hespanha afirma que o surgimento do positivismo se deu com o avanço das ciências naturais e sua elevação à modelo epistemológico. Esse cenário foi fundamental para que emergisse a convicção de que todo o saber válido fosse baseado na observação da realidade empírica. Sobre a influência do positivismo no Direito, prossegue o autor: “De que a observação e a experiência deviam substituir a autoridade e a especulação filosofante como fontes de saber. Este espírito atingiu o saber jurídico a partir das primeiras décadas do século XIX. Também ele, se quisesse merecer a dignidade de ciência, devia partir de coisas positivas e não de argumentos de autoridade (teológica ou doutoral) ou de especulações abstractas [sic].” (HESPANHA, 1998, p. 174).

compreensão do texto em sua finalidade, em seus signos linguísticos, e determinaria os limites dentro dos quais se procederia a interpretação técnica”, esta, por sua vez, buscaria descobrir a genialidade do autor (SOUZA CRUZ, 2004, p. 74).

Segundo António Manuel Hespanha (1998), o positivismo se insurgiu tanto contra a vinculação do direito à moral e à religião, quanto à identificação do direito com as especulações filosóficas, comuns nas escolas jus-racionalistas. Nesse sentido, o positivismo proclamava a necessidade de orientar o saber para “coisas positivas”. Contudo, o fato de algumas escolas expressarem de maneira diversa o que entendiam por “coisas positivas”, deu origem a vários tipos de positivismo, conforme será demonstrado, no presente tópico.

A Escola da Exegese surgiu no início do século XIX, na França, partindo do princípio de que o Direito formaria um sistema completo e coerente de normas, cuja codificação levaria à eliminação de ambiguidades e antinomias do Direito no Antigo Regime, originário de uma plêiade feudal de fontes normativas. Seus defensores entendiam que a lei era a síntese da razão da vontade geral e que o juiz, no quadro da tradicional separação de poderes, seria um simples servidor público a serviço da aplicação da lei (SOUZA CRUZ, 2004, p. 74). Nesse cenário, a Escola da Exegese defendia

uma hermenêutica que garantisse a mais absoluta objetividade, e que deveria fornecer ao magistrado um instrumento que lhe permitisse uma leitura racional do texto, livrando-a da tentação de fazer interferir no julgamento, seus valores e interesses pessoais (SOUZA CRUZ, 2004, p. 75).

Em síntese, essa escola representou o *positivismo legalista*, que esposava o entendimento de que “positiva era apenas a lei, pelo que o saber jurídico tinha de incidir unicamente sobre ela, explicando-a e integrando-a” (HESPANHA, 1998, p. 174-175). O exame dogmático dos textos normativos deveria priorizar a sua interpretação literal, levando à “crença” de que haveria a possibilidade de encontrar na lei a solução para todos os conflitos, mediante a aplicação do Direito nos moldes de um formalismo silogístico, em que a premissa maior seria o texto normativo, e a premissa menor o fato material. Assim, restaria fundada a concepção dedutiva de incidência do elemento abstrato com o elemento concreto, sendo os elementos sintáticos ou semânticos da língua o centro das preocupações (SOUZA CRUZ, 2004, p. 75).

Por sua vez, a Escola Histórica fundada por Savigny⁵⁸ (1949) foi além dos limites do positivismo legalista, tendo colaborado para a consolidação, no Direito, da mudança de paradigma que a Europa Ocidental viveu nos séculos anteriores. A Escola Histórica do Direito rompeu com a tese central do jusnaturalismo, cujo objetivo seria a implementação de uma organização lógica, racional e universal do Direito. Em outras palavras, Savigny rejeitou a ideia de que os direitos naturais fossem concebidos apenas da racionalidade humana, e que esta fosse extraída somente dos textos legislativos. Para ele, as legislações advinham da história de cada nação, sendo os costumes e as tradições, o *volksgeist*, inalienáveis e intransferíveis. O Direito Natural não era formado por valores universais, antes, era fruto da história de cada sociedade (SOUZA CRUZ, 2004, p. 76-77). No entanto, o método hermenêutico da Escola Histórica era tipicamente cartesiano, haja vista a busca pela correção e certeza compatíveis com a matemática. Observe:

Seu método incorporou raciocínio de aplicação dedutiva por meio do pressuposto que o texto da norma subsumiria o fato. Seu esforço concebeu um sistema jurídico fechado a valorações éticas e morais. Supôs o Direito como um sistema coerente de regras jurídicas, cujas aparentes antinomias poderiam ser superadas pelo esforço hermenêutico do intérprete. (SOUZA CRUZ, 2004, p. 77)

Ao aplicar o direito, o intérprete deveria se deixar inspirar pelo “espírito de seu povo”. Essa aplicação reclamaria o emprego de técnicas próprias, tais como os elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático do Direito⁵⁹. Somente por meio deles o intérprete alcançaria o grau de precisão próprio das ciências naturais. Enfim, por entender que “positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo que se objetivava nas formas quotidianas observáveis de viver o direito” (HESPANHA, 1998, p. 175), essa vertente foi designada de *positivismo histórico*. No entanto, se por um lado a Escola Histórica defendia não ser a razão responsável pela produção do Direito, por outro, ela propugnava que apenas os “doutores” em Direito teriam condições de apreendê-la, razão pela qual o Direito se transformou em uma ciência jurídica erudita, para o conhecimento de alguns poucos (SOUZA CRUZ, 2004, p. 78).

⁵⁸ Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861) nasceu em Frankfurt (Alemanha). Viveu o período das guerras napoleônicas e do ideal francês de universalizar o fim do absolutismo. Porém, haja vista que o ideal francês se transformou em barbárie e destruição dos países que se opunham às ideias do império napoleônico, procurou se posicionar contra a concepção de uma razão que não levasse em conta a história, tal como concebida pela Escola da Exegese (SOUZA CRUZ, 2004, p. 76).

⁵⁹ Segundo o autor alemão, a atividade interpretativa consistia na reconstrução do pensamento ínsito da lei. Apenas por meio dela seria possível compreender seu conteúdo e sua finalidade. Nesse sentido, necessário decompô-las em seus quatro elementos: gramatical, lógico, histórico e sistemático. Adverte que não se trata de quatro classes de interpretação, entre as quais se podem escolher segundo o gosto e arbítrio de cada um, mas de diferentes atividades para que a interpretação possa lograr êxito. (SAVIGNY et al., 1949, p. 82-84).

Tal cenário acentuou ainda mais o formalismo jurídico, oferecendo espaço para a chamada “Jurisprudência dos Conceitos”, criada por Georg Friedrich Puchta. Suas principais obras inauguraram uma nova ordem do positivismo, chamado de *positivismo conceitualista*, que por meio de um método dedutivo desenvolveu uma “genealogia de conceitos”, trazendo conceitos puros, unívocos e unisignificativos, que propiciassem a interpretação clara e exata dos textos normativos (SOUZA CRUZ, 2004, p. 78-79). Segundo os adeptos dessa escola,

positivos eram os conceitos jurídicos genéricos e abstractos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva, obedecendo ao novo modelo de ciência como discurso de categorias teoréticas (HESPANHA, 1998, p. 175).

Ao longo de sua obra, “Puchta buscava delimitar um significado próprio e imutável dos signos/expressões dos textos jurídicos” (SOUZA CRUZ, 2004, p. 79), mas apesar desse viés criativo, a “Jurisprudência dos Conceitos” afastou a ciência jurídica da realidade, passando a ideia de justiça a equivaler a de legalidade.

Apesar do positivismo⁶⁰ científico empreendido pela Escola Histórica e a “Jurisprudência de Conceitos” ter se difundido rapidamente por todo o mundo, é de se ver que a prática jurídica se desnaturou facilmente em um positivismo estritamente legalista, que com o passar do tempo se tornou a prática dominante, sendo o Direito concebido como produto exclusivo do legislador estatal. Foi assim que a transição paradigmática no Direito foi concluída, sendo este deduzido exclusivamente dos conceitos extraídos das regras de sua própria legislação, uma vez que os princípios, apesar de integrarem o ordenamento jurídico, eram empregados apenas em casos de anomia/lacunas jurídicas. Logo, o sistema jurídico coerente e autônomo se fechou para a realidade social, passando a ciência jurídica a exigir uma formação cada vez mais técnica e acadêmica individualizada, restando muito pouco das antigas cátedras medievais e escolásticas, relacionadas à filosofia, história e política (SOUZA CRUZ, 2004, p. 79-80), refletindo até os dias atuais na formação de profissionais do Direito, os quais apresentam sérias dificuldades em aplicá-lo no momento em que se defrontam com casos difíceis, não se sustentando as fórmulas de interpretação criadas para a solução de tal conflito de normas⁶¹.

⁶⁰ Esse positivismo não se confunde com o positivismo científico em geral, elevado ao status de filosofia geral em meados do século XVIII, por meio de Augusto Comte, expressando uma forma de pensamento que limitava as possibilidades de explicação do mundo mediante a observação e organização dos fenômenos físicos, sociais e psicológicos. As únicas características que eles têm em comum são “a recusa de uma fundamentação metafísica do direito e o reconhecimento da autonomia absoluta da ciência especializada.” (WIEACKER, 1967, p. 493).

⁶¹ Sobre o déficit na formação acadêmica dos bacharéis em Direito, sobretudo no que diz respeito às disciplinas zetéticas, cumpre ponderar: “O futuro jurista recebe da cátedra universitária, antes de toda a prática e apenas

É comum o intérprete recorrer a regras clássicas de hermenêutica, tais como: se há antinomia entre a regra geral e a especial, esta deve ter a sua supremacia confirmada no caso particular (MAXIMILIANO, 2002, p. 111). Ou ainda mediante a aplicação do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil⁶² (BRASIL, 1942), que prevê a máxima de que a lei posterior revoga a lei anterior (BATALHA, 1980, p. 19). E por que não, para não sair do objeto do presente trabalho, a solução estabelecida pelo art. 2º do Código de Processo Penal, para o problema da sucessão de normas processuais penais no tempo (RANGEL, 2008, p. 04); (BADARÓ, 2008, p. 23).

Entretanto, com o advento do giro linguístico, essas e tantas outras regras de interpretação não se sustentam mais, pois, apesar das inúmeras tentativas de conferir ao Direito o mesmo grau de certeza e confiabilidade das ciências naturais, a impossibilidade para que isso ocorresse restou reconhecida, dado o seu caráter de ciência social. Logo, quaisquer propostas pertencentes ao modelo positivista de subsunção⁶³ devem ser revistas, no sentido de renunciar ao pensamento *sistemático* que parte de normas em direção ao caso concreto, para dar lugar ao pensamento *problemático*, em que o conhecimento jurídico se constrói a partir de casos concretos, conforme será demonstrado no próximo tópico.

4.2 O giro hermenêutico: uma epistemologia adequada ao conhecimento jurídico na atualidade

preparado por lições de história, a matéria de ensino sob uma sequência sistemática e sob a forma de um estrito treino conceitual. Só então experimenta a aplicação do direito, não através de controvérsias jurídicas vividas ou, pelo menos, de peças processuais, mas a partir de casos jurídicos, *líquidos* e depurados do ponto de vista da factualidade [sic], cuja subsunção correcta [sic] em relação a uma pretensão jurídica (...) se torna na sua tarefa exclusiva. A mesma finalidade é prosseguida pela estrutura dos primeiros concursos de ingresso nas profissões jurídicas.” (WIEACKER, 1967, p. 500).

⁶² Com a entrada em vigor da Lei nº. 12. 376/10, a Lei de Introdução ao Código Civil passou a se chamar Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Porém, o art. 2º manteve sua redação original, com o seguinte texto: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” (BRASIL, 2010).

⁶³ A “teoria da subsunção” foi um dos resultados mais expressivos da “jurisprudência dos conceitos”, e consistia na “teoria segundo a qual a realização da justiça nos casos concretos seria assegurada subsumindo os <<factos>> ao <<direito>>, nos termos de um raciocínio de tipo silogístico, em que a premissa maior era um princípio de direito e a premissa menor a situação de facto (*Tatbestand*) a resolver.” (HESPANHA, 1998, p. 191). Prossegue o autor português informando que a mesma teoria em sua versão legalista – em que a premissa maior seria a lei – foi responsável por reduzir a atividade jurisprudencial a uma tarefa de aplicação automática dos princípios jurídicos, exercendo, por outro lado, importante papel na contenção da discricionariedade judicial (HESPANHA, 1998, p. 191-192).

Marcelo Campos Galuppo (2005, p. 202) assevera que nenhum paradigma científico é tão seguido e adotado quanto o Positivismo Jurídico pelo Direito, apesar de destacar a sua inadequação para esse ramo da ciência nos dias atuais. O autor afirma que em resposta a essa crise no Direito, surgiu em meados do século XX uma nova forma de tratar o conhecimento jurídico, que à míngua de melhor designação, é por ele chamado de Pós-Positivismo⁶⁴, cujas características estão muito bem definidas.

A primeira delas é que o Pós-Positivismo não compreende o ordenamento jurídico como a categoria de um sistema, conforme idealizam os positivistas ao pressupor que a realidade jurídica é proveniente de uma única fonte de regras jurídicas, políticas ou econômicas, havendo uma harmonia no processo de produção do direito. O Pós-Positivismo critica essa visão positivista sob o fundamento de que falta harmonia ao Direito, uma vez que, fruto de uma sociedade plural, com diversificadas visões de mundo, o ordenamento jurídico se encontra repleto de contradições, que bem reflete a variedade de projetos de vida. Em sendo assim, enquanto o Positivismo defende o pensamento sistemático, o Pós-Positivismo apresenta o pensamento problemático, entendendo que o conhecimento jurídico se constrói a partir de casos concretos:

Enquanto o pensamento sistemático do Positivismo parte de normas em direção ao caso, o Pós-Positivismo inverte a lógica da argumentação, fazendo partir a solução do caso concreto em direção a normas adequadas a serem aplicadas. Não é que se considere que as normas genéricas, as leis, sejam posteriores à decisão judicial, mas que a norma jurídica não é nem o produto do ato do legislador apenas, nem do ato do juiz apenas. (GALUPPO, 2005, p. 202-203)

A segunda característica do Pós-Positivismo, é que ele rejeita o conceito de *verdade* na posição de centro do conhecimento jurídico, pois, segundo Habermas (2004, p. 267-310), tal conceito integra a noção de mundo objetivo, próprio da ciência da natureza, não se enquadrando o Direito no mundo objetivo, mas no mundo intersubjetivo, cujo critério de aferição não é a verdade, mas a correção normativa. Tal ideia nega a “suposta pretensão do Positivismo de reduzir todos os mundos e seus enunciados ao mundo objetivo da ciência e aos enunciados sobre a verdade como sendo o único mundo e únicos enunciados que fazem sentido” (GALUPPO, 2005, p. 203) cuja intenção é reduzir todo o conhecimento válido àquele tido por objetivo, próprio das ciências naturais.

⁶⁴ Galuppo (2005, p. 202) identifica no Pós-Positivismo uma tendência essencialmente modernista, pois entende o Direito como produto da construção humana a serviço da emancipação, não podendo identificar direito e justiça com ideais e valores, mas com normas jurídicas produzidas em determinada sociedade, alheio a eventuais propostas jusnaturalistas.

A *verdade* para os positivistas encampa a possibilidade do confronto de um enunciado descritivo do mundo objetivo (mundo natural) com a realidade desse mesmo mundo objetivo, sendo sua adequação capaz de demonstrar a veracidade de determinada proposição. Portanto, um enunciado não será considerado verdadeiro caso não consiga representar de maneira adequada as relações entre os objetos da realidade comparada (GALUPPO, 2005, p. 203). Assim, Habermas define a verdade como “aceitabilidade racional, isto é, como o resgate de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico” (HABERMAS, 2010, p. 32-33).

Já a correção normativa apresenta outros critérios para a sua aferição, que não apenas comparar as proposições normativas com a realidade. Trata-se de esquadrihar as razões de tais proposições normativas, enquanto produtoras da realidade, e que não pode ser feito de maneira definitiva e absoluta. Portanto, qualquer tentativa de identificar essas pretensões será entendida como uma forma contemporânea de Positivismo, assim como o uso de proposições com pretensão de verdade (mundo objetivo) para decidir sobre questões de correção normativa relacionada ao mundo intersubjetivo da Moral e do Direito. (GALUPPO, 2005, p. 204)

Outra diferença entre verdade e correção normativa apontada por Galuppo (2005, p. 204), diz respeito à função contrafática assumida pela segunda, bem próprio da esfera normativa. Isso implica em dizer que caso a *verdade* não possa qualificar determinada proposição por não haver correspondência de seu enunciado com o mundo dos fatos, havendo a necessidade de produção de uma nova proposição, a correção normativa de um enunciado não pode ser verificada a não ser comparando-o com outro enunciado normativo, que a exemplo deste, não descreve, mas prescreve uma realidade. Desse modo, se por um lado os fatos podem demonstrar a falsidade das proposições, esses mesmos fatos não conseguem provar sua incorreção. Em síntese,

a epistemologia pós-positivista substitui a busca pela verdade no conhecimento jurídico pela busca pela correção normativa na aplicação adequada de normas jurídicas a um determinado contexto. Isto se liga à contraposição aristotélica (e tomista) entre a *ordem das coisas que são sempre e a ordem das coisas que são na maioria das vezes*. As *coisas que são sempre do mesmo modo*, são necessárias, e regem-se pela ciência, que implica a noção de conhecimento verdadeiro (episteme). Já as *coisas que são a maioria das vezes* não se regem pela verdade, pois não são necessárias. (GALUPPO, 2005, p. 204)

Por fim, a terceira característica da epistemologia jurídica do Pós-Positivismo é a total recusa do uso de método descritivo das ciências naturais, ao se denominar um conhecimento de ordem hermenêutica. Nesse diapasão, ao estabelecer uma distinção entre o plano de justificação e de aplicação das normas jurídicas, o pós-positivista entende que inobstante o caráter genérico das normas em seu plano de criação, isso não significa que sua aplicação deve ser feita de maneira indistinta em toda e qualquer circunstância. O Pós-Positivismo parte, portanto, do pressuposto que a atividade do legislador não é suficiente para completar o sentido das normas jurídicas, pois o aplicador deve realizar um juízo de adequabilidade da norma ao caso concreto, verificando as condições de sua aplicabilidade se realizam naquele caso. (GALUPPO, 2005, p. 205)

Feitas essas considerações, cumpre averiguar o alinhamento da teoria güntheriana da argumentação ao giro hermenêutico e sua importância para o desenvolvimento de “respostas adequadas”, haja vista que, conforme apresentado nos capítulos anteriores, é premente a necessidade de uma revisão no plano de aplicação do princípio *tempus regit actum*, em busca de uma solução constitucionalmente adequada para o problema da sucessão de normas processuais penais no tempo, que confira maior grau de correção normativa da atividade jurisdicional no exame do caso concreto.

4.3 A contribuição de Klaus Günther para a solução do problema da colisão de normas

A teoria da argumentação desenvolvida por Klaus Günther foi um passo significativo para consolidar a distinção entre o discurso de justificação e o discurso de aplicação, cujas finalidades e princípios diretivos são distintos entre si. Foi por meio de sua obra “*Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*”, resultado de sua tese de doutoramento defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main), que Günther (2004) demonstrou a importância da distinção entre justificação e aplicação para as normas morais.

No primeiro caso, trata-se de assegurar que a observância geral de uma norma represente um interesse universal, identificado mediante a consideração recíproca do interesse de cada um. Logo, uma norma é considerada justificada se ante as razões apresentadas, ela se torna aceita por todos (GÜNTHER, 2000, p. 86). Importa no discurso de justificação a validade de uma norma, cujo conceito “está restrito à reciprocidade de interesses em circunstâncias constantes” (GÜNTHER, 2000, p. 90), mas que não traduz a aplicabilidade da norma à situação concreta, que deve ser aferida, consideradas todas as circunstâncias do caso.

Essa atividade só se realiza mediante o discurso de aplicação, cujos participantes “estão obrigados a levar em consideração normas que são *prima facie* aplicáveis como uma razão para ou contra a justificação de um julgamento particular” (GÜNTHER, 2000, p. 91).

Günther (2000, p. 91) assevera que a ideia de cláusula *prima facie* indica que a validade de uma norma não é suficiente para indicá-la como adequada para aplicação no caso concreto, pois “significa apenas que ela foi fundamentada de modo imparcial; para que se chegue à decisão válida de um caso, é necessária a aplicação imparcial” (HABERMAS, 2010, p. 270). Ou seja, “a aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que ficara aberta quando da sua fundamentação imparcial, devido à imprevisibilidade das situações futuras” (HABERMAS, 2010, p. 270), razão pela qual Günther adverte que os participantes do discurso de aplicação devem abandonar a perspectiva de que as circunstâncias sejam iguais em todas as situações, em decorrência da validade da norma (GÜNTHER, 2000, p. 91). Deste modo, a cláusula *prima facie* apresenta um ônus recíproco de argumentação, em que os participantes do discurso de aplicação são obrigados a oferecer boas razões que justifiquem a escolha dessa norma e não aquela para a solução do caso em que a situação foi descrita de modo completo (GÜNTHER, 2000, p. 91).

Importante destacar que o problema da colisão de normas é exclusivo ao discurso de aplicação, uma vez que:

As normas válidas sob circunstâncias inalteradas poderão colidir ao examinarmos todas as circunstâncias de uma situação. No discurso de fundamentação constataremos tão-somente que, sob circunstâncias inalteradas, não há normas que colidam com a norma carecedora de fundamentação. A colisão, nesse caso, seria um problema da adequação e não da validade de normas. (GÜNTHER, 2004, p. 312)

Os discursos de aplicação pressupõem que as razões utilizadas sejam normas válidas – aceitas universalmente – discutindo sua referência a uma determinada situação. Apenas será possível identificar a norma adequada à situação particular quando os participantes esgotarem todas as possibilidades de atuação das normas *prima facie* aplicáveis consideradas todas as informações referente à situação (GÜNTHER, 2000, p. 92). Porquanto a norma não alcança todos os aspectos atinentes ao caso concreto no mundo da vida,

é preciso examinar quais descrições de estados de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas *prima facie* é adequada à situação, apreendida em todas as possíveis características significantes” (HABERMAS, 2010, p. 270).

Desse modo,

O processo hermenêutico da aplicação de normas pode ser entendido como cruzamento entre descrição da situação e concretização da norma geral; em última instância, a equivalência de significado decide entre a descrição do estado de coisas que é um elemento da interpretação da situação, e a descrição do estado de coisas que fixa os componentes descritivos, portanto as condições de aplicação da norma. K. Günther traduz esse conjunto complexo para a fórmula simples segundo a qual a justificação de um juízo singular tem que apoiar-se na quantidade dos respectivos argumentos normativos, relevantes no âmbito de uma interpretação completa da situação. (HABERMAS, 2010, p. 271)

O primeiro questionamento a ser feito ao proponente que defende a aplicação de uma norma em determinada situação é se existe identidade de significado entre as expressões incluídas na norma e a descrição do caso, chamada de justificação interna, condição indispensável para a justificação de um julgamento particular. Essa identificação é também chamada de interpretação semântica que, em caso de dúvidas, pode ser justificada pela referência a precedentes, decisões judiciais ou demais fontes de direito *lato sensu*, conhecida como justificação externa (GÜNTHER, 2000, p. 92-93).

Esse tipo de reconstrução é criticado por Günther (2000, p. 93), ao asseverar que a atividade de fixação do significado de uma norma não esgota todos os aspectos de aplicação que precisam ser justificados, pois, assim como a fixação do significado, algumas características da situação são consideradas relevantes, enquanto outras são descartadas, sem que esse ato seletivo seja fundamentado. Ocorre que essa escolha precisa ser justificada e por meio do exemplo⁶⁵ tão propalado ao longo de sua obra, Günther adverte quanto à possibilidade de levantamento da seguinte questão: “*Por que você refere-se somente a estas circunstâncias e não às outras?*”. Essa pergunta pode ser dirigida a “X”, quando indagado sobre o porquê de ele ter levado em consideração apenas a promessa feita a Smith, e não o fato de que um de seus melhores amigos passava por uma situação difícil, precisando de ajuda. Se “X” responde que a palavra dada à Smith configura uma promessa e que essa interpretação é externamente justificável, ou que a norma “Promessas devem ser mantidas” é válida, isso não seria suficiente, pois esses tipos de justificação pressupõem uma descrição do

⁶⁵ Klaus Günther esclarece a diferença entre discursos de justificação e discursos de aplicação servindo-se, ao longo de sua obra, da colisão entre duas normas morais, conforme o seguinte exemplo: Alguém chamado “X”, que prometeu a seu amigo Smith ir à sua festa, mas instantes depois tomou conhecimento de que Jones, um grande amigo seu, se encontrava doente, precisando de sua ajuda. É previsível que a norma “Não quebre a promessa” e a norma “Ajude o próximo num caso de emergência” podem colidir, a não ser que determinado caso demande a observância de apenas uma delas. Dessa feita, ambas as normas são consideradas válidas, não sendo eventual conflito um aspecto relevante para a atribuição de sua respectiva validade, até mesmo porque uma norma não tem a intenção de contrariar a outra. Seria diferente, caso se atribuísse validade a uma norma do tipo “Sempre que você puder levar vantagem, você está autorizado a quebrar uma promessa”. Nesse caso, tal norma estaria violando um interesse universalizável toda vez que fosse observada, qual seja, o de que as promessas precisam ser cumpridas. Logo, podemos concluir que essa norma em hipótese alguma pode ser considerada válida (GÜNTHER, 2000, p. 88-89).

caso cujos elementos considerados relevantes foram selecionados, sem considerar a norma que estabelece o dever de ajuda, também *prima facie* aplicável (GÜNTHER, 2000, p. 93).

Para que esse resultado seja evitado, é preciso “observar o princípio de que todas as características de uma situação devem ser levadas em consideração já quando nós estamos interpretando uma norma” (GÜNTHER, 2000, p. 93). E não se está observando esse princípio ao sustentar a ideia de que certas circunstâncias não são relevantes, ao responder questão oferecida pelo proponente sobre o motivo pelo qual outras circunstâncias não foram levadas em consideração. Em vista disso, Günther assevera que

La cuestión de qué interpretación concuerda con la descripción de la situación y como há de ser justificada, no puede separarse de la consideración de las otras normas aplicables *prima facie*. Tampoco lo hacemos de um modo manifesto cuando um oponente objeta por qué consideramos esta circunstancia y no aquélla otra y respondemos que las otras circunstancias <<no son relevantes>>. (GÜNTHER, 1995, p. 289)

A seleção de características do caso, relevantes ou não, deve ser justificada pelo operador do Direito, o qual deve cruzar todas as características semânticas do texto com os elementos das circunstâncias fáticas do caso, de modo a viabilizar o método concretista de aplicação imparcial das normas, pois ao contrário do que apregoa o positivismo, pode ser que mais de uma norma válida concorra *prima facie* como a mais adequada ao problema. O juízo de adequabilidade permite ao juiz encontrar o âmbito/grau de restrição de uma norma, sem que seja questionada a sua validade. Não se trata de realizar a ponderação de princípios, mas de encontrar uma “resposta correta” para cada um dos casos concretos (SOUZA CRUZ, 2004, p. 225-226).

A vantagem de uma aplicação adequada da norma que leve em consideração a norma *prima facie* aplicável é que ela está respaldada na “obrigação de aplicar normas válidas de uma maneira coerente a situações descritas completamente” restando “assegurado que normas válidas não sejam restringidas ou postas de lado sem qualquer razão” (GÜNTHER, 2000, p. 96). Retomando o exemplo do conflito entre a norma que determina o cumprimento de uma promessa e a norma que estabelece o dever de ajudar um amigo, é por meio da adequação que é alcançado um processo discursivo que leva em consideração as normas conflitantes, nada influenciando sobre a atribuição de validade da norma, cujo conceito, frise-se, não se subsume ao de adequação da norma.

Deste modo, alcançamos o ideal de uma norma perfeita por via indireta: apenas o dividimos em duas etapas distintas. Não antecipamos todas as características de cada

situação a um único momento, mas cada situação, em um determinado, todas as suas características. Então, o problema pode ser resolvido pela aceitação de algumas normas como válidas, apesar de sabermos que elas irão colidir com outras normas válidas em alguns casos. (GÜNTHER, 2000, p. 90-91)

É perceptível como o desdobramento em etapas de fundamentação e aplicação das normas age para melhorar as condições da comunidade ideal de comunicação, eliminando a necessidade de abstração no que diz respeito ao conhecimento ilimitado dos fatos e tempo infinito como requisitos para o preenchimento da pretensão de validade de uma norma. O ideal de uma norma perfeita restará alcançado reconstrutivamente, pois, todas as normas válidas constituem, em última análise, um sistema ideal coerente que dá a cada caso, exatamente, uma resposta adequada. Porém, caberá ao discurso de aplicação a tarefa de verificar essa pretensão em relação a cada uma das normas válidas (GÜNTHER, 2000, p. 97).

Ao assumir um conceito normativo de coerência, Günther considera, por meio do discurso prático-moral, os aspectos da fundamentação e da aplicação para, em seguida, “interpretar a argumentação jurídica como um caso especial do discurso de aplicação moral” (HABERMAS, 2010, p. 289), sendo por meio do discurso jurídico que se alivia o peso das questões de fundamentação. Nesse sentido, “o ‘julgamento adequado’ extrai sua correção normativa da validade pressuposta das normas aprovadas pelo legislador político” (HABERMAS, 2010, p. 290). Os juízes não devem se eximir, portanto, de interpretar de maneira reconstrutiva as normas tidas como válidas, pois eles só podem solucionar o problema decorrente da colisão de normas se reconhecerem que o conjunto de normas válidas forma, em última instância, um sistema ideal e coerente que admite uma única resposta correta para a situação de aplicação (HABERMAS, 2010, p. 290).

Günther (2000, p. 97) adverte que um sistema coerente é contrafactual, ao admitir que esse sistema coerente de todas as normas válidas jamais será alcançado, razão pela qual ele deve ser trabalhado na sua realização aproximada, toda vez em que a descrição completa da situação modificar a matriz das normas conflitantes. Logo, chama a atenção para o fato de que “se toda norma válida requer um complemento coerente com todas as outras normas que podem ser aplicadas *prima facie* à situação, então o significado da norma está se alterando em cada uma das situações” (GÜNTHER, 2000, p. 97). Dessa feita, avulta a dependência da história, que a cada momento traz uma situação que não seria possível de antever, e que provoca a alteração de todas as normas aceitas como válidas, podendo gerar uma sobrecarga na jurisdição profissionalizada (HABERMAS, 2010, p. 274).

Essa imprevisibilidade tem seus efeitos minimizados quando no lugar de um sistema ideal, são escolhidos paradigmas constituídos de normas válidas e transitivamente ordenadas, os quais são referidos toda vez em que se depara com um típico caso de colisão. Em vista disso, Günther afirma que a compreensão jurídica paradigmática, prevalecente em determinado contexto, responde pela redução de complexidade da tarefa incumbida ao sistema ideal, que dá lugar aos paradigmas,

Nos quais normas, que temos como válidas aqui e agora, foram trazidas para uma ordem transitiva. Dado que uma tal ordem pode ser construída sem relação com possíveis situações de aplicação, esses paradigmas contêm descrições generalizadas de situações de um determinado tipo. Nós normalmente lançamos mão de tais ordens mais ou menos sistematizados, quando solucionamos casos de colisão típicos e previsíveis. Elas formam um pano de fundo contextual no qual nossas avaliações da situação e os correspondentes juízos morais *prima facie* estão embutidos. Juntamente com outro saber de orientação cultural, esses paradigmas fazem parte da forma de vida na qual nós nos encontramos. (GÜNTHER, 1995, p. 294, tradução nossa).⁶⁶

A história traz dois modelos sociais de destaque, a saber: o direito formal burguês (paradigma jurídico liberal) e o direito materializado pelo Estado socialista (paradigma jurídico social). O primeiro deles se estrutura a partir de uma sociedade econômica institucionalizada pelo direito privado – sobretudo os direitos à propriedade e liberdade de contratar – subordinado à ação dos mecanismos de mercado. Segundo Habermas (2002, p. 294), essa “sociedade de direito privado” é feita sob medida, no que diz respeito à autonomia dos sujeitos de direito, que enquanto integrantes do mercado, procuram realizar de maneira racional seus projetos de vida. Esse modelo produz a expectativa normativa de que a justiça social será alcançada por meio da garantia de um *status* jurídico negativo, ou seja, pela delimitação de esferas de liberdade individual. Por outro lado, o modelo do Estado social surgiu a partir de uma crítica contundente ao modelo anterior. Assim, para que a liberdade do “poder ter e do poder adquirir” pudesse preencher as expectativas de justiça, seria indispensável garantir a igualdade do “poder jurídico”. O aumento das desigualdades econômicas, sociais e patrimoniais, provocou a desestabilização dos pressupostos fáticos

⁶⁶ No original: “en los que las que aquí y ahora mantenemos por válidas se colocan en un orden transitivo. Porque un orden como el expuesto anteriormente no es construible sin referencia a las posibles situaciones de aplicación, contienen estos paradigmas descripciones generalizadas de situaciones de una determinada clase. Habitualmente recurrimos a tales órdenes sistematizados de un modo más o menos fuerte cuando solucionamos casos de colisión típicos y esperables. Constituyen un contexto de fondo en el que se insertan en cada caso nuestras apreciaciones de la situación y los correspondientes juicios morales *prima facie*. Junto con otros saberes culturales de orientación pertenecen estos paradigmas a la forma de vida en la que cada uno de nosotros nos encontramos”.

capazes de permitir que o uso das competências jurídicas fossem exercidas em igualdade de chances, fazendo com que o conteúdo das normas de direito privado tivessem de ser especificados e introduzidos direitos fundamentais de cunho social que garantissem uma distribuição mais justa das riquezas produzidas pela sociedade e uma defesa mais firme contra as ameaças produzidas socialmente.

Ocorre que a *materialização* do direito também provocou efeitos indesejados a um *paternalismo socioestatal*, haja vista que a almejada equiparação de situações de vida e posições de poder produziu uma série de intervenções “normalizadoras” que culminaram “por limitar o espaço de atuação de seus prováveis beneficiários, no que se refere à concepção autônoma dos projetos de vida de cada um deles” (HABERMAS, 2002, p. 294-295). A dialética entre liberdade factual e jurídica revelou o compromisso que os dois paradigmas do direito apresentavam com os ideais de uma sociedade econômica capitalista e industrial, cujas expectativas de justiça social seriam satisfeitas pelo esforço particular de cada um, apto a concretizar concepções de bem viver. O que ambas as partes discordam é quanto à forma de se garantir a autonomia privada, se pela via dos direitos de liberdade ou pela outorga de benefícios sociais. Porém, nos dois casos, a coesão interna entre autonomia privada e pública é encoberta pela concorrência dos paradigmas jurídicos dominantes (HABERMAS, 2002, p. 295).

É preciso compreender melhor a relação entre autonomia privada e pública. Nesse quadrante, a autonomia jurídica dos cidadãos exige que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores. Porém, a institucionalização sob a forma de direitos políticos dos pressupostos de comunicação pelos quais os cidadãos julgam a legitimidade do direito deve observar o código jurídico, instituído por “pessoas do direito que pertençam, enquanto portadores de direitos subjetivos, a uma associação voluntária de jurisconsortes e que efetivamente façam valer por meios judiciais suas respectivas reivindicações jurídicas” (HABERMAS, 2002, p. 293). Não existe direito algum sem a autonomia privada de pessoas do direito. Os direitos fundamentais são indispensáveis à autonomia privada dos cidadãos, sobretudo porque eles garantem as condições pelas quais os próprios cidadãos, no uso de sua autonomia pública, desempenharão seu papel no Estado. As autonomias privada e pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos ocupem um papel de primazia sobre a soberania popular e vice-versa (HABERMAS, 2002, p. 293).

Habermas concebe a intuição de equiprimordialidade entre direitos humanos (autonomia privada) e soberania popular (autonomia pública) da seguinte maneira:

A intuição expressa-se, por um lado, no fato de que os cidadãos só podem fazer uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos do Estado. (HABERMAS, 2002, p. 293-294)

A partir do debate sobre as políticas feministas de equiparação⁶⁷, Habermas esclarece a forma de superar a preocupação exclusiva com a autonomia privada, própria do paradigma jurídico liberal e social, erigindo a autonomia pública como indispensável ao fenômeno que ele chama de “coesão interna”. Desse modo, emerge o paradigma procedimentalista do direito, que dentre outras coisas, busca proteger as condições do procedimento democrático. Logo,

Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado Social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes (HABERMAS, 2003, p. 183).

Esse paradigma não antecipa os ideais de uma sociedade, e tampouco determinadas visões de vida boa ou opções políticas, como faziam os anteriores. Pelo contrário, ele apenas formula as condições necessárias para que os sujeitos de direito possam, enquanto cidadãos, descobrir seus problemas e encontrar formas de solucioná-lo. É por isso que “o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos” (HABERMAS, 2003, p. 190).

Tal compreensão de paradigma repercute no discurso de aplicação, haja vista que ele deve viabilizar o aporte de todas as interpretações possíveis, concernentes à interpretação jurídica e do caso em si, na busca pela norma adequada ao caso concreto (GONÇALVES; PEDRON, 2008, p. 261). Essa tarefa demandará não apenas a justificção interna e externa, que demandam o exame semântico dos textos da lei e incluem referências a precedentes

⁶⁷ “Em lugar da controvérsia sobre ser melhor assegurar a autonomia das pessoas do direito por meio de liberdades subjetivas para haver concorrência entre indivíduos em particular, ou então mediante reivindicações de benefícios outorgadas a clientes da burocracia de um Estado de bem-estar social, surge agora uma concepção jurídica procedimentalista, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública: os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Só se pode assegurar a autonomia privada de cidadãos em igualdade de direito quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado.” (HABERMAS, 2002, p. 297).

judiciais e à doutrina, mas a justificação de elementos/aspectos descritivos da realidade fática, em que serão selecionadas as características relevantes ou não da situação, sempre com a devida fundamentação. Desse modo, todas as possibilidades semânticas do texto serão cruzadas com todos os elementos circunstanciais fáticos do caso, por meio de um método concretista de aplicação imparcial das normas (SOUZA CRUZ, 2004, p. 225).

Sabedores de que a adequação da norma é orientada pelo problema, os operadores do Direito precisam estar cientes de que mais de uma norma válida poderá concorrer *prima facie* ao posto de mais adequada ao caso concreto. Todavia, essa ideia vai de encontro à noção de “segurança jurídica”, tão cara aos ideais positivistas, cuja *reconstrução* do conceito foi a saída encontrada por Habermas para superar a clássica noção positivista de garantia de previsibilidade de decisões judiciais, obtido por meio de programas condicionais na lógica do dever ser, e “apoiada sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas” (HABERMAS, 2010, p. 273). Em seu lugar, a proposta discursiva faz emergir a possibilidade de decisões corretas, que garantem a discussão acerca da segurança jurídica *num outro nível*. Observe:

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios (HABERMAS, 2010, p. 273-274).

O Direito Processual garante a reconstrução adequada da situação de aplicação ao possibilitar, juridicamente, a determinação de qual das normas válidas deve ser aplicada ao caso concreto (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p.158), sendo que a “resposta correta” não será encontrada num consenso ético-substantivo majoritário, mas no procedimento que observa o “devido processo constitucional”, o “princípio da moralidade” (reciprocidade) e o “discurso jurídico”, ressaltando que a segurança jurídica somente será alcançada mediante rigoroso cumprimento do processo (SOUZA CRUZ, 2004, p. 237-238), não mais concebido como “instrumento da jurisdição”, mas enquanto garantia de direitos fundamentais.

4.4 A dupla relação da Constituição democrática com o tempo e a importância da ideia de “democracia sem espera”

Habermas (2003) assevera que toda Constituição democrática apresenta dupla relação com o tempo, ora relacionado ao seu caráter histórico, ora ao caráter normativo. O primeiro, diz respeito à memória do ato de fundação de uma sociedade jurídico-política que interpreta, marcando um começo no tempo. Já o segundo se coloca como tarefa de interpretação e desenvolvimento consistente do sistema de direitos, articulando um horizonte de expectativas em cada caso presente. Em meio a esse processo constituinte permanente, percebe-se claramente a relação que a Constituição democrática apresenta com o passado e o futuro.

Seguindo essa linha de raciocínio, Cattoni de Oliveira assevera que o direito se apresenta como um projeto ideal de sociedade a ser perseguido. Logo, a previsão de direitos fundamentais contra toda e qualquer realidade de exclusão social vai muito além de simplesmente revelar o contraste entre ideal e real, mas revela uma tensão entre texto e contexto, que por meio de uma

leitura reconstitutiva, deve-se, portanto, virar o texto constitucional contra a exclusão social que, ao contrário de se ancorar numa lei natural, na verdade permanece historicamente vinculada aos pré-conceitos sociais não-problematizados daqueles que vivenciam a Constituição. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 287-288)

A par dos problemas envolvendo as realidades sociais e políticas brasileiras, Cattoni de Oliveira (2009, p. 288) assevera que a Constituição da República/88 constitui o marco de um projeto que não se esgotou na promulgação do texto constitucional, mas que conferiu sentido normativo ao processo constituinte brasileiro, destinado à produção de “uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos”, cabendo a esses mesmos cidadãos adotarem “a perspectiva dos fundadores e dirigi-la criticamente contra atualidade, a fim de examinar se as instituições existentes, as práticas e procedimentos da formação democrática da vontade preenchem as condições para um processo que produz legitimidade (HABERMAS, 2001, p. 775)⁶⁸.

Assim, na esteira da *democracia sem espera* e contra o discurso da *democracia possível*, é preciso compreender que a transição⁶⁹ política brasileira constitui um processo constituinte democrático de longo prazo, que não se esgotou com a simples promulgação do texto constitucional, mas que prossegue na dimensão do tempo histórico, enquanto processo

⁶⁸ No original: “a practice meant to bring forth a self-determining community of free and equal citizens (...) the perspective of the founders and take a critical view of the present to test whether the existing institutions, practices, and procedures of democratic opinion-and will-formation satisfy the necessary conditions for a process that endenders legitimacy.”

⁶⁹ Sobre a importância da justiça de transição na consolidação de um projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito, cf. MEYER, Emílio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. 302 p.

de aprendizagem social sujeito a tropeços, mas capaz de corrigir a si próprio (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 294-297), sendo que algumas das garantias estabelecidas pela Constituição da República/88, tais como a não identificação criminal dos civilmente identificados, o conhecimento da autoridade policial responsável pela sua prisão, o direito ao silêncio e de ser a família ou pessoa indicada pelo preso, informado sobre o local onde se encontra custodiado, constituem confissões de erros cometidos no passado, e o reconhecimento dos abusos praticados durante a ditadura militar, mormente a violação de direitos fundamentais, constituindo um compromisso para o futuro com a ordem jurídica democrática.

Destarte, o que se propõe para a solução do problema da sucessão entre as normas processuais penais no tempo não é a aplicação de uma fórmula rígida nos moldes da parêmia *tempus regit actum*, tal como sempre fizeram os positivistas, e tampouco a desconsideração desse princípio de direito intertemporal disposto no art. 2º do CPP, mas a sua interpretação constitucionalmente adequada aos princípios constitucionais de processo, cuja concepção esteja alinhada ao Estado Democrático de Direito.

5 AS TEORIAS DO PROCESSO ALINHADAS AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5.1 A teoria do processo como procedimento em contraditório – a contribuição de Fazzalari e o rompimento com a teoria do processo como relação jurídica

Apesar da teoria do processo como relação jurídica ter se destacado por estabelecer a distinção⁷⁰ entre processo e procedimento, coube a Elio Fazzalari (2006) iniciar os estudos que culminaram por ressemantizar o instituto do processo em conceito distinto daquele criado para o procedimento, enquanto estrutura técnico-jurídica. Fazzalari ainda resgatou o conceito de processo da noção de simples atividade ou manifestação do exercício da atividade jurisdicional para a produção de sentenças (LEAL, 2011, p. 69), próprio dos adeptos da teoria bülowiana.

Ao longo de sua jornada, Fazzalari esclarece diferentes aspectos do processo e do procedimento, chegando ao ponto de afirmar que as estruturas técnico-procedimentais não são exclusivas à atividade jurisdicional, servindo ainda a outras atividades ou funções estatais. (CORDEIRO LEAL, 2008, p. 111). Sobre esse assunto, Aroldo Plínio Gonçalves⁷¹ (1992), sempre se valendo das lições do mestre italiano, realiza a seguinte afirmação:

O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. (GONÇALVES, 1992, p. 102)

A forma como Fazzalari aborda processo e procedimento em todos os níveis de produção normativa, o levou a tecer o seguinte comentário, logo no início de sua obra Instituições de Direito Processual: “O ‘processo’ é uma estrutura na qual se desenvolvem, segundo o ordenamento estatal, numerosas atividades de direito público (principalmente

⁷⁰ Na obra de José Eduardo Carreira Alvim (1998, p. 144-145), o autor relembra uma afirmação de Bülow, atribuindo a responsabilidade pelo direito processual civil não ter alcançado um estágio de evolução comparado ao direito civil ou direito penal, ao fato de que a teoria que não conseguira sequer fazer a distinção entre processo e procedimento. Atento a essa situação, Rosemiro Pereira Leal afirma que na tentativa desesperada de distinguir os conceitos de processo e procedimento, os adeptos da teoria do processo como relação jurídica hermetizam ainda mais os conceitos bülowianos, “ao proclamarem que o **procedimento** é a manifestação fenomênica do processo ou ‘meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo.’” (LEAL, 2011, p. 65).

⁷¹ Aroldo Plínio Gonçalves foi responsável pela divulgação da teoria de Fazzalari, no Brasil, por meio de sua obra “*Técnica Processual e Teoria do Processo*”, publicada em 1992.

deveres fundamentais do Estado, mas não somente) e algumas atividades de direito privado” (FAZZALARI, 2006, p. 27). Logo, percebe-se que a noção de processo e procedimento fazzalariana apresenta um ponto de contato com as três funções essenciais do Estado, seja ela administrativa, legislativa e jurisdicional (CORDEIRO LEAL, 2008, p. 112), pois é, a partir do procedimento, aqui entendido como atividade preparatória do provimento⁷², que o ato do Estado destinado a produzir efeitos na esfera jurídica dos indivíduos, encontrará sua validade e eficácia (GONÇALVES, 1992, p.103).

É por meio dos contornos traçados para os institutos processo e procedimento que Fazzalari se afasta do critério teleológico⁷³, próprio da Escola Instrumentalista, e estabelece um critério lógico para a distinção de ambos. Por esse critério, tanto as características do processo quanto as características do procedimento não devem ser investigadas levando-se em consideração elementos finalísticos, mas indagando o próprio sistema jurídico que o disciplina. E o ordenamento jurídico demonstra que, antes mesmo de uma distinção, há uma relação entre os dois institutos de inclusão, em que o processo é espécie do gênero procedimento, e se há alguma distinção entre eles, essa existe da mesma maneira que há diferenças entre gênero e espécie. E essa diferença existe no processo, exatamente no ponto que o especifica: o contraditório. Portanto, o processo não é um simples procedimento. É um procedimento que se realiza em contraditório entre as partes, cuja participação é permitida a todo aquele que será atingido pelos efeitos do ato imperativo, ou seja, pelo provimento. (GONÇALVES, 1992, p. 68)

Desse modo, a necessidade de um modelo procedimental apto a balizar os atos imperativos estatais foi inaugurada por Elio Fazzalari, a partir de sua noção de que o processo seria um procedimento em contraditório, e não mais uma relação⁷⁴ jurídico-processual (NUNES, 2011, p. 203) em que um sujeito exige de outro, prestação ou conduta determinada,

⁷² Segundo Gonçalves, o provimento deve ser entendido como o ato imperativo do Estado, um ato de poder, capaz de provocar efeitos na esfera jurídica dos indivíduos, da sociedade e dos jurisdicionados. O que o distingue de todos os demais atos produzidos pelos órgãos da administração, órgãos legislativos e órgãos jurisdicionais, é que o exercício de um poder no Estado de Direito deve se submeter aos limites da lei, só estando o Estado autorizado a cumprir suas funções sob o quadro legal que disciplina suas atividades (GONÇALVES, 1992, p. 103).

⁷³ Segundo Cordeiro Leal, é justamente a visão fazzalariana de um processo descolado de uma jurisdição legitimada *a priori*, que o afastará do critério teleológico de distinção entre processo e procedimento (CORDEIRO LEAL, 2008, p. 112). Sobre esse assunto, Gonçalves destaca o fato de que apesar de Bülow ter se preocupado em resgatar a noção de processo que havia se diluído na de procedimento, a ponto daquele ser tratado como mera sucessão de atos, a reação continuada por seus seguidores foi além, provocando uma postura doutrinária de polo contrário, em que o processo acabou por absorver e anular toda a importância do procedimento (GONÇALVES, 1992, p. 66).

⁷⁴ Fazzalari destaca a incompatibilidade do termo “relação jurídica” com a natureza do processo, asseverando que aquele se trata de esquema simples e estático, não abrangendo a complexidade e dinamismo próprios do fenômeno processual. (FAZZALARI, 1994, 915-916)

sob o papel preponderante do juiz que de maneira solipsista impõe seu ponto de vista sobre o caso concreto, indiferente aos regramentos processuais, tal como se apercebe na teoria do processo de Oskar Von Bülow.

Na esteira desse pensamento, é possível afirmar que não existe submissão entre os sujeitos processuais (seja entre as partes ou entre estas e o juiz), mas interdependência durante todo o íterim de preparação do provimento, que necessariamente deverá ser produzido em contraditório, não mais se admitindo o exercício de uma jurisdição redentora do direito e da sociedade, que desconsidere a participação dos possíveis afetados pela decisão. Com efeito, Fazzalari prestou grande contribuição para o que convém chamar de *ciência do processo* atual, ao demarcar um novo campo de investigação e bases conceituais que nela poderiam ser incluídas (CORDEIRO LEAL, 2008, p. 114).

Destaque-se que ao longo do desenvolvimento de sua teoria estruturalista⁷⁵, Fazzalari não demonstrou uma maior preocupação com a dinâmica dos princípios processuais, se reportando exclusivamente ao campo da técnica processual, apesar de fazer um contraponto à ideia que centralizava “o estudo do Direito Processual em torno da jurisdição e do papel do juiz” (NUNES, 2011, p. 207). Nesse sentido, Fazzalari procurou trazer uma definição do conceito de procedimento, de modo a açambarcar o maior número de particularidades possível. Seu ponto de partida foi o ato de Estado, cujo caráter imperativo exige que o procedimento de preparação se volte à estrutura normativa responsável pelo balizamento de sua produção.

O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. (GONÇALVES, 1992, p. 102)

É de se ver que Fazzalari apresenta grande preocupação com os conceitos das expressões empregadas ao longo de sua argumentação, tanto é que procurou defini-los previamente, a fim de evitar que o uso de conceitos jurídicos tradicionais refletisse uma realidade jurídica diversa daquela que se propôs a clarificar.

No que diz respeito à norma jurídica, o autor assevera que, sob o ponto de vista de sua estrutura lógica, a norma não pode ser concebida apenas como o “cânone de valoração de uma

⁷⁵ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2010) explica que a teoria do processo como procedimento em contraditório, empreendida por Fazzalari, também chamada de *teoria estruturalista do processo*, recebe esse nome em virtude da importância conferida à estrutura normativa a que deve observância toda e qualquer atividade de preparação de uma decisão do Estado. (DIAS, 2010, p. 89-90).

conduta” apto a expressar os valores de uma determinada sociedade, mas como o valor que a norma atribui em relação à conduta descrita no texto normativo, seja qualificando-o como lícito ou como devido. Dessa feita, será a posição que o sujeito ocupa frente à norma, enquanto posição subjetiva, que permitirá a qualificação da conduta como faculdade ou poder, se valorada como lícita, ou como dever, se valorada a conduta como devida (GONÇALVES, 1992, p. 106).

Fazzalari retira o conceito de direito subjetivo da posição que o sujeito ocupa frente ao objeto do comportamento descrito na norma. Não se trata de um poder sobre a conduta alheia, nem mesmo de uma prestação decorrente de relação jurídica, mas de uma posição de vantagem que o sujeito ocupa frente ao objeto de comportamento descrito na norma. Em outras palavras, se de determinada norma se extrai uma faculdade ou um poder ao sujeito, sua posição de vantagem incide sobre o objeto da faculdade ou direito conferido pela norma jurídica (GONÇALVES, 1992, p. 106).

Consigne-se, outrossim, que de acordo com a teoria fazzalariana, os atos lícitos (faculdades ou poderes) não guardam relação alguma com o conceito tradicional de direito subjetivo e que sua oposição não é o ato ilícito. Nesse sentido, os atos lícitos configuram poderes sempre que houver uma declaração de vontade por parte de quem o praticou, tal como a confissão judicial, e configuram faculdades sempre que a vontade, apesar de presente, não precise ser declarada porquanto subentendida na consciente determinação do sujeito de realizar o comportamento descrito na norma. Os exemplos trazidos por Fazzalari ajudam a distinguir poderes, faculdades e deveres. Assim, as partes têm o poder de proferir juramento decisório⁷⁶, a faculdade de alegar fatos e o dever de produzir provas. Caso o não exercício de poderes e faculdades gerem consequências legais desfavoráveis ao titular do ato, emerge a figura do ônus, que segundo Fazzalari, é a consequência desfavorável ao titular do ato que sobre ele recai por ausência de cumprimento do ato, haja vista que, conferido ao sujeito a opção de cumprir ou não o ato, sua inércia é resolvida na possibilidade de dano para ele (GONÇALVES, 1992, p. 106-107).

Outro ponto passível de ser destacado em relação à teoria fazzalariana é que em oposição ao ato qualificado como lícito, não se tem o ato ilícito, até mesmo por questões de

⁷⁶ Na Itália, o juramento é um meio de prova. Nesse diapasão, o juramento decisório se trata de uma solene declaração de vontade feita pela parte ao juiz, podendo ser deferido em qualquer fase processual, e realizado mediante declaração feita em audiência pela parte ou procurador com poderes especiais para esse fim, nos termos do art. 233 do *Codice di Procedura Civile*. (MACIEL JÚNIOR, 2013, p. 201)

ordem lógica, pois o ato ilícito⁷⁷ não compõe a estrutura do procedimento e tampouco poderia ser tratado como ato jurídico. Sendo o procedimento composto por atos jurídicos ao longo de toda a sua trajetória até a produção do provimento final, não se admite atos ilícitos no interior da estrutura normativa responsável por disciplinar os atos de preparação. Fazzalari não exclui o conceito de ilícito da experiência jurídica, apenas relaciona a sua manifestação com a ausência de cumprimento da conduta devida pela norma de direito material. Assim, terá o ato ilícito, a exemplo da tutela requerida ao direito material, relação com o conteúdo lançado no provimento final do processo⁷⁸, apesar de não integrar a estrutura normativa em questão (GONÇALVES, 1992, p. 107).

Por fim, cumpre destacar que o procedimento não se esgota em um único ato, requer, antes, uma série de atos e normas que o disciplinem, guardando entre si uma conexão, durante a sequência de seu desenvolvimento. Daí falar-se em um “procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas” (GONÇALVES, 1992, p. 108), em que os atos e posições subjetivas são conectados entre si e disciplinados por uma estrutura normativa que torna possível o advento do provimento final por ele preparado. Não só a existência, mas a validade e a eficácia desse ato final estão condicionadas à observância do procedimento. Assim, o pressuposto⁷⁹ para a incidência de uma norma é a realização da atividade prevista pela norma anterior do complexo normativo. Considerando que o procedimento é uma estrutura normativa que prepara o ato imperativo final, disciplinando atos e posições subjetivas normativamente previstos, “a incidência de uma norma só poderá se verificar validamente sobre os atos da sequência, se a norma anterior houver sido observada e cumprida, na sua previsão de atos que poderiam ter sido exercidos ou que deveriam ter sido cumpridos” (GONÇALVES, 1992, p. 111). Ou seja, observar a incidência de uma norma que preveja o ato que pode ou deve ser cumprido é fundamental para a validade da incidência de outra norma, que por sua vez, disponha sobre outro ato que pode ou deve ser realizado, sendo a norma anterior pressuposto deste, e assim por diante até o esgotamento da estrutura procedimental, quando se terão por verificados todos os pressupostos normativos para a

⁷⁷ A afirmação de Fazzalari, no sentido de que os atos ilícitos não compõem a estrutura do procedimento, merece ser criticada na medida em que as modernas legislações processuais têm exigido das partes e seus procuradores, a observância das regras do jogo, consubstanciado nos deveres de boa-fé processual. (DIAS, 2001, p. 84-93).

⁷⁸ Apesar de Fazzalari não ter feito menção se aqui se referia ao processo jurisdicional, administrativo ou legislativo, acredita-se que há fundadas razões para concluir que durante a sua explanação, o autor se referiu ao processo jurisdicional.

⁷⁹ Gonçalves adverte sobre o uso da expressão “pressuposto” na teoria fazzalariana, que em linguagem filosófica e de lógica, quer dizer premissa não explícita, cuja proposição faz extrair outras proposições num processo de inferência, sendo que as conclusões podem se tornar premissas de outras conclusões ao longo de uma cadeia de proposições, do raciocínio dedutivo. (GONÇALVES, 1992, p. 110)

emanação do provimento final. Importante destacar que a observância da incidência de uma norma implica em dizer que os atos por ela permitidos são cumpridos ou pelo menos, garantida a sua realização. E os atos previstos como devidos, sejam cumpridos, permitida a sua conversão em ônus no caso de não cumprimento (GONÇALVES, 1992, p. 111).

A par de todas essas considerações, cumpre asseverar que a “teoria do processo como procedimento em contraditório” pode ser apropriada pelo paradigma jurídico procedimentalista do Estado Democrático de Direito, uma vez que a noção de contraditório empreendida pela teoria corrobora a proposta de garantir a construção participada das decisões, em simétrica paridade dos afetados pelo provimento, superando a noção de processo sustentada pelos institutos da jurisdição, ação e processo. Todavia, para efetivar a noção de processo como garantia de direitos fundamentais, é fundamental aliar os conceitos de processo e procedimento em Fazzalari, com a releitura da teoria geral do processo, a partir do modelo constitucional de processo (BARROS, 2009, p. 14), cujas características serão apresentadas no tópico seguinte.

5.2 O modelo constitucional de processo e seus reflexos no processo penal

Apesar de José Alfredo de Oliveira Baracho (1984) ter sistematizado a teoria constitucionalista do processo⁸⁰ e conferido a este o status de “**instituição constitucionalizada** apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como **direito-garantia** fundamental” (LEAL, 2011, p. 70), estudo relevante eferente à aproximação entre constituição e processo é atribuído ao jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, autor de inúmeros trabalhos publicados após o período da Segunda Grande Guerra Mundial. Anos mais tarde, Italo Andolina e Giuseppe Vignera (1990) retomaram os estudos dessa teoria, que naquela oportunidade passou a ser designada “modelo constitucional de processo”, cuja expressão vem sendo empregada com maior frequência pelos estudiosos do processo constitucional (DIAS, 2010 p. 92).

⁸⁰ Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, o Processo Constitucional surgiu a partir de análises acerca do conceito, extensão e limites das garantias constitucionais, com o objetivo de efetivar a supremacia da Constituição sobre as normas processuais, constituindo autêntica metodologia de garantia dos direitos fundamentais, haja vista que o simples reconhecimento desses direitos no texto constitucional não lograria assegurar a efetividade de seu livre exercício, razão pela qual a previsão de garantias se tornou indispensável, ante a sua constatação de que as liberdades adquirem maior valor quando acompanhadas de garantias que as tornem eficazes (BARACHO, 1997, p. 105; 119-121).

É sabido que no Estado Democrático de Direito, toda e qualquer manifestação de poder do Estado, deve ser exercida em nome do povo⁸¹ e “realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional” (DIAS, 2010, p. 35), enquanto metodologia normativa que informa e orienta o processo legislativo⁸², jurisdicional⁸³ e administrativo⁸⁴. Valendo-se das lições extraídas de Andolina e Vignera (1990), é possível asseverar que o processo lastreado no modelo constitucional constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito que se pretende democrático. Destarte, o processo democrático não se confunde com aquele instrumento formal que pretende uma aplicação rápida do direito, mas com o procedimento dotado de uma estrutura

⁸¹ Em trabalho esclarecedor sobre o conceito de “povo” na democracia, Friedrich Müller destaca a importância de se abandonar o caráter icônico da expressão, e enquadrá-la no posto de “instância global da atribuição da legitimidade democrática”, de onde decorre a “estrutura de legitimação”. Segundo o autor, “(...) no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes ‘executantes’ [‘ausführenden’] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia. O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [Kreislauf] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado *estrutura de legitimação*.” (MÜLLER, 2003, p. 60).

⁸² Em relevante obra sobre o assunto, André Del Negri trata da importância conferida ao processo constitucional, no estabelecimento de uma base principiológica uníssona, aplicável também ao processo legislativo: “Percebe-se, pois, que a expressão Devido Processo Constitucional é vista como instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial. Neste sentido, o procedimento legislativo, para atingir suas plenas condições de regularidade deve guardar fundamental observância à Lei Constitucional (devido processo constitucional), regenciadora da estrutura normativa (procedimento), e dos atos do legislador que, interessado no provimento final (lei), pode participar na sua preparação desde que submetido às diretrizes formais do processo constitucionalizado. Como se pode perceber, o **devido processo legislativo**, o qual é também devido processo legal, é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito, uma produção realizada em consonância com o paradigma atual, concretizado por intermédio do Processo Legislativo orientado pelo **Processo Constitucional**”. (DEL NEGRI, 2003, p. 74)

⁸³ Em virtude do ordenamento jurídico brasileiro, ter adotado o modelo misto de controle de constitucionalidade de suas leis, concentrado e difuso, não só podem, como deve todo órgão do Poder Judiciário apreciar alegações que se refiram explicitamente ao conteúdo do texto constitucional, e sendo eles competentes para exercer jurisdição em matéria constitucional, é correto afirmar que “toda a jurisdição é jurisdição constitucional, conforme os processos constitucional e legalmente previstos.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 207). No Brasil, não há processo que não seja constitucional, e não apenas porque são estruturados mediante princípios constitucionais, mas em virtude da Constituição de República conferir a todo órgão judicial a competência para apreciar questões de natureza constitucional. Portanto “Todo processo, e não somente os que estruturam as chamadas garantias constitucionais-processuais, ao criar as condições institucionais para um discurso lógico-argumentativo de aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional, é processo que instrumentaliza o exercício da jurisdição em matéria constitucional, ou seja, é processo constitucional.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 207)

⁸⁴ Em dissertação defendida perante o Programa de Pós-graduação em Direito *stricto sensu* da PUC Minas, Maria Cristina Diniz Caixeta destaca as transformações e impactos provocados pela Lei nº 9.784/99 e a necessidade de uma releitura dos antigos procedimentos da Administração, com o objetivo de adequá-los ao modelo constitucional de processo, de onde emerge um novo processo constitucional administrativo, que permita “melhor controle sobre a atuação do Estado-Administração e, ao mesmo tempo, possibilita a participação do administrado na formação do ato administrativo como condição indispensável para a concretização da democracia”. (CAIXETA, 2010, p. 233).

normativa constitucionalizada dimensionada por princípios constitucionais dinâmicos⁸⁵, que aplicados sob uma perspectiva democrática garantem “a adequada fruição de direitos fundamentais em visão normativa, além de uma ampla comparticipação e problematização, na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos relevantes para os interessados” (NUNES, 2011, p. 250).

Cumprir destacar que apesar da proposta inicial dos autores italianos tenha sido elaborar uma proposição para o processo civil italiano, foi possível apropriar a presente ideia para um modelo de processo, cuja base constitucional se encontra fundada nos princípios constitucionais de processo (BARROS, 2009, p. 14). Nesse diapasão, o modelo constitucional de processo suscita três importantes características, sempre relacionadas com o princípio da supremacia da Constituição, a saber: a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade. A primeira característica permite a expansão da norma processual para microssistemas, desde que em consonância com o esquema geral de processo. A segunda característica, por sua vez, confere possibilidade à norma processual de se especializar e assumir forma diversa em virtude de característica específica de determinado microssistema, respeitada a base constitucional. E, finalmente, a terceira característica, se refere à capacidade do modelo constitucional se aperfeiçoar e definir novos institutos mediante processo legislativo que observe o esquema geral⁸⁶ (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 14-15). Tais características exigem do intérprete compreender o processo tanto a partir de sua base principiológica uníssona quanto a partir dos princípios específicos daquele processo, que no caso do processo penal, apresenta o princípio constitucional da presunção de inocência e garantia de liberdade individual dos cidadãos (BARROS, 2009, p. 16). O modelo constitucional de processo é fundado em um esquema geral, cujos pontos de referência para compreensão das garantias são os princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e o da

⁸⁵ Nunes desenvolveu a ideia de comparticipação sob a ótica policêntrica do sistema, elegendo os seguintes princípios constitucionais dinâmicos para a constituição de um direito democrático: “o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional” (NUNES, 2011, p. 250).

⁸⁶ No original: “Prima di prendere in considerazione in singoli elementi (oggettivi e soggettivi) del modello costituzionale del processo civile, è doveroso evidenziare in questa sede i suoi caratteri generali, che possono individuarsi: a) nella *espansività*, consistente nella sua idoneità (conseguente alla posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello; b) nella *variabilità*, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l'adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi; c) nella *perfectibilità*, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale (*scilicet*: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) ben può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale: si pensi, per esempio, al principio di economia processuale, a quello del doppio grado di giurisdizione ed all'istituto della cosa giudicata” (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 14-15).

participação de um terceiro imparcial, razão pela qual o modelo constitucional de processo é concebido como um modelo único, mas de tipologia plúrima, admitida a pluralidade dos procedimentos jurisdicionais, mas não de modelos processuais⁸⁷ (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 15).

Urge ressaltar que a diferença entre os processos está relacionada ao provimento pretendido pelas partes, ou pela garantia de determinados direitos fundamentais, cuja proteção requer um microssistema afeiçoado às suas características específicas. Em outras palavras, é possível que a noção de contraditório empreendida no processo legislativo, seja diferente daquela atribuída durante a fase de cumprimento de sentença de um processo civil, por exemplo. Outrossim, no caso do microssistema do processo penal, há especificidades que avultam diante dos direitos fundamentais que visa garantir.

Desse modo, a base principiológica uníssona, consolidada pelo contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e o terceiro imparcial, precisa ser interpretada sem desconsiderar o princípio constitucional da presunção de inocência e a garantia das liberdades individuais dos sujeitos, justamente em virtude das características do próprio modelo, que são a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade. (BARROS, 2009, p. 16)

Portanto, somadas todas as garantias relacionadas à liberdade dos cidadãos referentes à prisão e o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, é possível perceber que a Constituição da República/88 trata o processo penal como um microssistema, cujas características específicas não são excluídas ou restringidas pela base principiológica uníssona do processo, mas interpretadas segundo os princípios fundantes do modelo constitucional de processo (BARROS, 2009, p. 17), cuja revisitação precisa ser feita para melhor esclarecimento das questões de direito intertemporal abordadas no presente trabalho.

5.2.1 Os princípios constitucionais do modelo constitucional de processo

Ao identificar no modelo constitucional de processo uma base principiológica uníssona, é preciso destacar que os princípios do contraditório, da fundamentação das

⁸⁷ O projeto constitucional italiano de 1948 conferiu uma nova perspectiva ao processo e ao modelo constitucional de processo, permitindo classificá-lo como sendo de “modelo único e tipologia plúrima”, haja vista o reconhecimento de que apesar de haver um único paradigma constitucional de processo, a pluralidade de procedimentos não poderia ser descartada, consoante advertem os autores italianos: “Tutto ciò permette di dire che dopo il 1948 il processo in Italia è diventato un’entità ‘a modello unico ed a topologia plurima’: espressione che (nella sua aparente contraddittorietà) esprime efficacemente – ci sembra – l’idea che, se esiste un solo paradigma costituzionale di processo, esiste (*recte*: può esistere) altresì nell’ordinamento una pluralità di procedimenti giurisdizionali” (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 15).

decisões, da ampla argumentação e do terceiro imparcial são co-dependentes, no sentido de que o desrespeito a um deles acarreta na violação, pela via reflexa, de todos os demais princípios fundantes, sendo a observância de um desses princípios fundamental para o respeito dos demais (BARROS, 2009, p. 17).

Para melhor esclarecer a co-dependência entre os princípios integrantes dessa base principiológica uníssona, cumpre superar concepções instrumentalistas propagadas pelos principais manuais de teoria geral do processo, em ampla profusão no mercado editorial brasileiro, a começar pelo princípio do contraditório. Observe:

Num determinado enfoque, é inquestionável que é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – a informação e a possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa. (GRINOVER, 1990, p. 04)

Lado outro, cumpre revisar o conceito de contraditório estribado na necessidade de informação e possibilidade de reação, cuja compreensão é extremamente limitada, tendo sido objeto de contundentes críticas na defesa da ampliação de sua dimensão. Desse modo, importante asseverar que:

O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é garantia das partes porque o jogo da contradição é delas, os interesses divergentes são delas, são elas os “interessados e os contra-interessados” na expressão de FAZZALARI, enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento atingindo a universalidade de seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente em seu patrimônio.

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível. (GONÇALVES, 1992, p. 127)

O que o contraditório visa assegurar ao longo de todo o procedimento preparatório do provimento, é a efetiva participação das partes em simétrica paridade, pois, no processo, são as partes atingidas pelos efeitos do provimento estatal, as únicas destinatárias do provimento final, razão pela qual devem influir argumentativamente nas decisões do processo, em manifestação da garantia de influência e não surpresa. No entanto, Gonçalves (1992, p. 120-121) confere destacada importância à participação do juiz durante a preparação do ato final, que, se por um lado, não transforma o juiz em um contraditor, por outro, precisa manter sua posição de terceiro, preservada ao longo de todo o procedimento. Nesse cenário, a construção participada do provimento pressupõe a participação do juiz do seguinte modo:

O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observar ele mesmo. (GONÇALVES, 1992, p. 122-123)

Tal concepção de contraditório encontra-se acolhida no art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* de 1975⁸⁸ e no art. 3, item 3 do Código de Processo Civil Português⁸⁹, sempre no sentido de proibir ao juiz decidir sobre matéria que não tenha sido objeto de pronunciamento pelas partes. Portanto, o contraditório impõe ao juiz o dever de instaurar o debate sobre todas as questões, inclusive aquelas de conhecimento oficioso, de modo a impedir que ele aplique normas completamente estranhas à dialética produzida pelas partes no interior do processo (NUNES, 2011, p. 229).

A partir da co-dependência entre os princípios do contraditório e necessidade de fundamentação das decisões, urge destacar que ambos estão conectados de modo que “ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório e a fundamentação, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz na perspectiva do processo jurisdicional” (BARROS, 2009, p. 19), vez que o paradigma procedimentalista assegura a aplicação de normas jurídicas mediante decisões provenientes do esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes, não sendo a decisão produzida de maneira solipsista⁹⁰ pelo juiz, antes, pelo esforço argumentativo das partes. A fundamentação da decisão não subsiste sem a observância do contraditório, porquanto a garantia de participação

⁸⁸ “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório. Ele não pode reter, na sua decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes, que elas próprias não tenham postos em debate contraditoriamente. Ele não pode fundar sua decisão sobre meios de direito levantados de ofício, sem ter previamente instado as partes a apresentar suas observações.” (tradução nossa).

Texto original: “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

⁸⁹ “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.”

⁹⁰ Em discussão acerca da evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pelo giro ontológico-linguístico, Streck afirma que “solipsista” quer dizer sujeito egoísta, que se basta, encapsulado. Em outras palavras, será ele o encarregado de fazer a inquisição, sendo a verdade aquela a ser por ele declarada a partir de sua própria consciência. Segundo o autor, “o sujeito solipsista – que está na base de afirmações do tipo ‘decido conforme minha consciência’ – é uma construção filosófica que deita suas raízes no que delineei. Essa concepção tem como ponto de partida o *cogito ergo sum* de Descartes, passando pelas mônadas de Leibniz, pelo eu transcendental de Kant, até chegar a seu extremo em Schopenhauer, com a ideia de *mundo como vontade e representação*. (...) Trata-se, portanto, de uma corrente filosófica que determina que exista apenas um *Eu* que comanda o Mundo, ou seja, *o mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito*. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. *O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é.*” (STRECK, 2010, p. 58-59).

dos afetados na construção do provimento só estará assegurada, quando na fundamentação da decisão forem considerados exclusivamente os argumentos trazidos pelas partes, garantindo a aceitabilidade racional da decisão (BARROS, 2009 p. 19-20).

Nessa perspectiva, unem-se inseparavelmente o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação, como se fossem irmãos siameses, ambos atuando na dinâmica argumentativa fática e jurídica do procedimento, de forma que propicie a geração democrática de uma decisão jurisdicional participada, em concepção revisitada do processo, adequada ao Estado Democrático de Direito. (DIAS, 2010, p. 134)

Outrossim, o modelo constitucional de processo prevê a necessidade de garantir a ampla argumentação, enquanto releitura da ampla defesa. É preciso evitar noções fundadas no instituto pandectista da *actio*, em que a ação é vista como o mero direito de formular uma demanda em juízo, cujo titular é o seu autor. O instrumentalismo costuma fazer um paralelo entre o direito de ação e o direito de defesa, estabelecendo a ideia de que do contraditório (no primeiro momento de *informação*) nasce o direito de defesa. Essa postura é criticada por Fazzalari, por limitar o exercício da defesa, e permitir ao réu a possibilidade de reagir apenas pela via da alegação e comprovação de um fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor, contrariando a concepção fazzalariana do direito de ação⁹¹, por ele definida como legitimação ao provimento ou direito a um processo constitucionalmente garantido, sendo autor e réu seus titulares (BARROS, 2009, p. 20). Logo, a ampla argumentação é uma garantia das partes, que compreende “a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço reconstrutivo do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas” (BARROS, 2009, p. 21). Esse instituto assegura às partes o direito à prova, o direito à assistência técnica por um advogado e o tempo processual para a reconstrução do caso concreto e discussão a respeito de quais normas jurídicas *prima facie* aplicadas são as mais adequadas ao caso concreto (BARROS, 2009, p. 21).

Por sua vez, o princípio do terceiro imparcial em nada se assemelha à tão sonhada “neutralidade” do juiz (intérprete) durante o exercício de interpretação da norma aplicável ao

⁹¹ Fazzalari propõe uma revisão ao conceito de ação valendo-se do critério de “legitimação para agir”, atribuída não apenas ao autor, mas a todos os demais sujeitos do processo (réu, litisconsortes, intervenientes, juízes e seus auxiliares). Para o autor, a “legitimação para agir” é espécie do gênero “legitimação”, conceito geral do Direito, cuja análise pode ser feita sob dois aspectos: o da situação legitimante e da situação legitimada. O primeiro aspecto, diz respeito ao “ponto de contato da legitimação de agir, ou seja, tirando a metáfora, a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que, concretamente, pode e deve cumprir um certo ato”. Já o segundo aspecto, que é o da situação legitimada, se refere ao “poder, ou a faculdade, ou o dever – ou uma série deles – que, por consequência, cabe ao sujeito identificado, vale dizer, corresponde ao conteúdo da legitimação no qual ela consiste.” (FAZZALARI, 2006, p. 369).

caso concreto, pois no paradigma procedimentalista, o terceiro não é o único intérprete do direito, mas um dos participantes de seu processo de interpretação, cujo rol não é passível de ser fixado com *numerus clausus*⁹². Ademais, a superação da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem, trouxe consigo um novo conceito de interpretação, plasmado na ideia heideggeriana de círculo hermenêutico⁹³. Nesse sentido, “a objetividade no Direito cede lugar à intersubjetividade, controlada pela correção que se pauta agora pelo convencimento que os argumentos/fundamentos desenvolvidos na decisão produzem numa sociedade de intérpretes do Direito” (SOUZA CRUZ, 2004, p. 146). A imparcialidade será garantida, portanto, mediante a exigência do esforço argumentativo das partes, que servirá como base para a fundamentação da decisão (BARROS, 2009, p. 21), pois toda decisão judicial que permite abertura para a discricionariedade e para o subjetivismo, interfere não apenas no contraditório e na fundamentação da decisão, mas, sobretudo na imparcialidade do juízo, em virtude da co-dependência entre os princípios do modelo constitucional de processo.

Apesar da leitura aqui empreendida ter se referido aos princípios constitucionais integrantes de uma base principiológica uníssona, não se deve olvidar de sua aplicação no processo penal, enquanto microssistema do modelo constitucional de processo, a ser interpretado sob a luz de princípios específicos, tais como a presunção de inocência e as liberdades individuais dos cidadãos.

5.2.2 O microssistema processual penal: a presunção de inocência e as liberdades individuais dos cidadãos e sua compatibilização com o modelo constitucional de processo

É sabido que o texto constitucional brasileiro confere extrema importância aos direitos e garantias fundamentais, estampando-os quase que em sua integralidade no art. 5º da Constituição da República/88. Alguns desses direitos e garantias devem ser lidos no contexto

⁹² Peter Haberle apresenta profunda preocupação com o estabelecimento de um rol limitado de intérpretes da Constituição. Em vista disso, propõe uma abertura cada vez maior dos habilitados a participar desse processo, sob o fundamento de que “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.” (HABERLE, 1997, p. 15).

⁹³ Para Heidegger, a interpretação é fundada numa pré-visão individual do intérprete, que o antecede e se manifesta pela possibilidade de compreensão de um texto. No entanto, não existe a possibilidade de formação de um círculo vicioso, pois se o intérprete reconhece as limitações no ato de interpretar, ele pode integrar suas pré-compreensões com o novo horizonte dado pelo texto a interpretar. Em outras palavras, a compreensão sempre dependerá da história, vez que homem e sociedade são por ela definidos (HEIDEGGER, 1988, p. 50).

da redemocratização do país, que num passado não muito distante, submeteu seus cidadãos às agruras da ditadura política. Durante esse período, eram comuns as prisões para averiguações, o desaparecimento forçado de pessoas consideradas “inimigos políticos” e torturas. Destarte, o direito conferido ao preso de ter identificado o responsável pela sua prisão ou seu interrogatório policial (art. 5º, LXIV da CR/88), do identificado civilmente não se submeter à identificação criminal (art. 5º, LVIII da CR/88) e a proibição de todo e qualquer tipo de tortura ou tratamento desumano e degradante (art. 5º, III da CR/88) buscam evitar que acontecimentos como esses, de más recordações para o povo brasileiro, voltem a se repetir.

Somadas todas as garantias de liberdade relacionadas aos cidadãos nos casos de prisão, tais como aquelas previstas no art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LVVIII da CR/88, ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII da CR/88, é possível perceber que o processo penal apresenta particularidades em virtude do direito fundamental que visa proteger: a liberdade⁹⁴. Desse modo, é possível compreender que a própria Constituição trata o processo penal como um microssistema, cujas garantias específicas (direito à liberdade e presunção de inocência) não afastam ou restringem a base principiológica uníssona do processo, pois conforme visto anteriormente, o modelo é único, as tipologias é que são plúrimas, devendo ser respeitado o modelo constitucional de processo, haja vista suas características muito bem delimitadas: a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade (BARROS, 2009, p. 336).

Logo, a questão da aplicação imediata da nova norma processual penal precisa ser revista, seja para reconhecer o caráter procedimental das normas processuais, seja para se adequar ao modelo constitucional de processo, cujos princípios não podem ser afetados por leis posteriores, proveniente de reformas processuais totais ou parciais, sobretudo quando ainda se “busca uma legislação processual conforme a ordem jurídica democrática que tem como marco a Constituição de 1988” (BARROS, 2012, p.164-165).

Nesse sentido, é salutar a observação empreendida por Dias, a respeito do “permanente estágio de inacabada consolidação” em que se encontra o Estado Democrático de Direito, sendo a sua realização uma “espécie de projeto constitucional principiológico *in fieri*” (DIAS, 2010, p. 02), cuja concretização se dá mediante o processo constitucional, seja ele jurisdicional, legislativo ou administrativo. Porém, por questões de ordem metodológica,

⁹⁴ Consoante Barros explana a respeito, tal liberdade não se restringe àquele conceito de ir, vir e permanecer, antes, abrange o sentido de intimidade e privacidade, presentes nas cláusulas de inviolabilidade constantes do art. 5º, X, XI, XII da CR/88, e também na liberdade de convicção ou crença presente na proibição de todo o tipo de discriminação, prevista no art. 5º, XLI da CR/88 (BARROS, 2009, p. 336).

interessa ao presente trabalho estabelecer uma solução no plano do processo jurisdicional, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

6 POR UMA SOLUÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA PARA O PROBLEMA DA SUCESSÃO ENTRE NORMAS PROCESSUAIS PENAIS NO TEMPO

Conforme apresentado em capítulos anteriores, o problema decorrente da sucessão de normas processuais penais no tempo demanda uma solução constitucionalmente adequada, em que o princípio *tempus regit actum*, consubstanciado na aplicação imediata da nova norma processual penal seja interpretado à luz de um modelo constitucional de processo. Em vista disso, urge esclarecer o alcance da expressão “*tempus regit actum*”, cujo teor não esclarece a noção de tempo e tampouco os parâmetros de aplicação da lei nova aos processos em andamento: a) se a partir do novo ato processual a ser realizado; b) se a partir da fase seguinte; c) ou se apenas é aplicável aos processos cujo início se deu em momento posterior à entrada em vigor da nova lei.

Nesse sentido, a presente discussão assume relevante papel na tentativa de construir uma solução adequada ao Estado Democrático de Direito, evitando a conversão da parêmia *tempus regit actum* em enunciado performativo⁹⁵, alheio à unidade procedimental, à base principiológica uníssona e aos princípios específicos do microssistema processual penal, conforme a solução empreendida pela corrente majoritária, cuja solução se atém à classificação das normas processuais penais em puras ou mistas, para aferir o instante em que a nova norma será aplicada, em nada contribuindo para o avanço de uma ciência processual preocupada com as garantias constitucionais do processo.

Em vista disso, é necessário proceder a uma releitura do princípio *tempus regit actum*, cuja noção de “tempus” precisa ser esclarecida à luz das recentes conquistas da seara científica no estudo da relação entre tempo e o direito. De semelhante modo, a noção de “actum” será analisada segundo os parâmetros da noção de processo como garantia de direitos fundamentais, cujo marco teórico permeia a solução empreendida para o problema da sucessão de normas processuais penais no tempo.

⁹⁵ Lênio Streck adverte que o uso indiscriminado de expressões transformadas em “álibis persuasivos” fortalece o ativismo judicial. São os chamados enunciados performativos, formados por uma expressão que não se refere nem a uma coisa ou a uma ideia qualquer, sendo que a sua simples enunciação faz surgir a sua significação. Consta como “algo dado desde sempre”, sendo que sua evocação já é um “em si-mesmo”. Usando as palavras do autor: “O uso performativo de um enunciado objetiva a ‘colar’ texto e sentido do texto, não havendo espaço para pensar a diferença (entre ser e ente, para usar a linguagem hermenêutica).” (STRECK, 2010, p. 50).

6.1 A mudança na percepção de tempo e sua estreita relação com o direito

Conforme restou alinhavado alhures, é muito comum o intérprete se socorrer de regras clássicas de hermenêutica para a solução de conflitos entre normas do ordenamento jurídico. Nesse sentido, ao longo dos anos, questões de direito intertemporal sempre foram respondidas à luz de teorias positivistas envolvendo o princípio *tempus regit actum*, que além de desconsiderar o giro hermenêutico, não é capaz de apresentar mais que uma única resposta para o problema da sucessão de normas processuais penais no tempo, conforme estabelece o art. 2º do Código de Processo Penal.

Por outro lado, os capítulos anteriores puderam demonstrar à exaustão, que essa forma de pensar o direito não se satisfaz nos dias atuais, ante a derrocada da filosofia da consciência e aparição da filosofia da linguagem, sobretudo nas ciências sociais aplicadas, na qual se enquadra o conhecimento jurídico. É bem de ver que com o advento do giro linguístico, o *tempus regit actum* e tantas outras regras de interpretação não se sustentam mais, pois, apesar da preocupação em conferir ao Direito o mesmo grau de certeza e confiabilidade das ciências naturais, certo é que a objetividade no Direito cede lugar à incerteza e à intersubjetividade, regulada pela correção pautada no convencimento que os argumentos/fundamentos produzem numa sociedade de intérpretes do Direito (SOUZA CRUZ, 2004, p. 146).

É bem de ver que a noção de *tempus regit actum* não consegue conferir esse grau de certeza e objetividade que dela se espera, em virtude da problemática envolvendo os termos *tempus* e *actum*, que podem conter mais de um significado.

Um dos problemas envolvendo a expressão *tempus regit actum*, é que

Cada civilização (...) se dá sempre associada a uma certa experiência do tempo, e portanto toda passagem de civilização implica necessariamente uma mudança fundamental da intuição do tempo (MARRAMAO, 1995, p. 23).

Nesse sentido, desde as sociedades arcaicas, passando pelas altas culturas, até o advento da sociedade moderna, o conceito de tempo sempre esteve em evolução, assim permanecendo até os dias atuais. Por questões de ordem metodológica, não é o objetivo do presente trabalho explicitar as diversas noções de tempo empreendidas desde a Antiguidade até os idos do século XXI⁹⁶, mas trazer a lume algumas noções que visem contribuir para o melhor entendimento da matéria.

⁹⁶ Para maior aprofundamento sobre o assunto, cf. PINTO, Cristiano Paixão de Araújo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

O primeiro conceito de tempo construído pelo homem diz respeito à ideia de cronologia, e está relacionado ao tempo-calendário, cujo instrumental pode ser considerado como uma das mais importantes criações do homem para o controle do universo: “A invenção do calendário e, especialmente, a sua manipulação pelo homem, foi identificada, desde os primórdios da contagem do tempo pelos povos antigos, como um instrumento de poder” (PINTO, 2002, p. 120). Sua formulação derivou, inicialmente, das necessidades decorrentes daquela forma primitiva de organização dos povos, sendo o domínio sobre a periodicidade do tempo fundamental para o desenvolvimento de suas atividades, como a agricultura.

Mas a percepção de que o tempo cronológico servia de figura puramente quantitativa, partindo de um determinado início e servindo apenas de referência aritmética, fez lançar um novo olhar sobre o conceito de tempo, envidado pelo aprofundamento nos estudos da historiografia e das ciências sociais. Nesse cenário, surgiram os conceitos de tempo histórico e tempo social, inteiramente distintos do conceito de tempo cronológico.

Um dos responsáveis pela noção de tempo histórico foi Reinhart Koselleck (2006) e, segundo o historiador alemão, tal noção passa, necessariamente, por duas categorias distintas entre si, mas que se relacionam reciprocamente: experiência e expectativa. Insta consignar que esse par conceitual não trata de alternativas, pois um não pode viver sem o outro. Ou seja, “não há expectativa sem experiência, não há experiência sem expectativa.” (KOSELLECK, 2006, p. 307). Desse modo, “experiência e expectativa são duas categorias adequadas para nos ocuparmos com o tempo histórico, pois elas entrelaçam passado e futuro”. (KOSELLECK, 2006, p. 308)

Eis algumas propostas que definem experiência e expectativa:

A experiência é o passado atual, aquele no qual acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados. Na experiência se fundem tanto a elaboração racional quanto as formas inconscientes de comportamento, que não estão mais, ou que não precisam mais estar presentes no conhecimento. Além disso, na experiência de cada um, transmitida por gerações e instituições, sempre está contida e é conservada uma experiência alheia. Nesse sentido, também a história é desde sempre concebida como conhecimento de experiências alheias.

Algo semelhante se pode dizer da expectativa: também ela é ao mesmo tempo ligada à pessoa e ao interpessoal, também a expectativa se realiza no hoje, é futuro presente, voltado para o ainda-não, para o não experimentado, para o que apenas pode ser previsto. Esperança e medo, desejo e vontade, a inquietude, mas também a análise racional, a visão receptiva ou a curiosidade fazem parte da expectativa e a constituem. (KOSELLECK, 2006, p. 309-310)

Segundo tais definições, ambas as categorias (experiência e expectativa) possuem formas de ser diferentes e jamais chegam a coincidir. Além disso, cumpre alinhar o caráter

espacial assumido pela experiência e a forma de horizonte disposta pela expectativa. A denominação “espaço de experiência” decorre do fato de que a experiência adquirida no passado é espacial, atingindo uma totalidade composta por diversos estratos simultâneos de tempos anteriores, sem referências quanto ao seu “antes” ou “depois”, já que não existe uma experiência cronologicamente mensurável. No que diz respeito ao “horizonte de expectativas”, o horizonte é aquela linha após o qual se abrem, no futuro, novos espaços de experiência, aos quais ainda não se pode contemplar, sendo impossível experimentá-los (KOSELECK, 2006, p. 311). Destaque-se que tais categorias do tempo histórico não são antônimas entre si, antes, são modos de ser desiguais que da tensão de ambas se extrai algo como o tempo histórico, constituindo uma diferença temporal no presente, pelo entrelaçamento de passado e futuro, cada um a seu modo.

Por sua vez, o tempo social foi um conceito empreendido pelo sociólogo Niklas Luhmann que, apesar de ter afirmado não existir um conceito de tempo que seja universalmente válido e preciso, trouxe a seguinte definição: “Eu proponho que se defina o tempo como interpretação social da realidade em relação à diferença entre passado e futuro.” (LUHMANN, *apud* PINTO, 2002, p. 157). Essa definição recebeu notabilidade em virtude do caráter abstrato apresentado e por se inserir na seara das ciências histórica e social, não se confundindo com a ideia de cronologia, razão pela qual o sociólogo alemão nega a identidade entre tempo social⁹⁷ e tempo calendário, vez que enquanto este reflete a noção puramente quantitativa da contagem de tempo, em termos de dias, semanas, meses ou anos, aquele revela um caráter qualitativo, derivado de crenças e costumes comuns a determinado grupo, o que permite aferir o ritmo da sociedade na qual ele é observado (MERTON E SOROKIN, *apud* PINTO, 2002, p. 155).

A ideia de descontinuidade do tempo histórico e social, com ênfase em passado e futuro, é incompatível com a homogeneidade e continuidade do tempo medido pela cronologia, que se por um lado, não é instrumento suficiente para o registro da passagem de tempo, por outro, não poderia ser descartada enquanto “ciência auxiliar” a serviço do historiador. Nesse cenário, com o advento da Idade Moderna, percebe-se a mudança de enfoque na questão da passagem do tempo para a ideia de futuro em aberto, proporcionado pela positivação do direito, fenômeno representativo de uma era moderna.

⁹⁷ Os responsáveis pela enunciação da tese referente ao tempo social foram Robert K. Merton e Pitirim A. Sorokin. Para esses autores, “o tempo verificado na dinâmica dos grupos sociais não depende da evolução dos corpos celestes (tempo astronômico) ou da cronologia (tempo-calendário)” (PINTO, 2002, p. 152). Por essa razão, José Carlos Reis afirma que o tempo calendário ganha significação a partir do momento em que é transformado em tempo social. Em outras palavras, quando suas referências objetivas são utilizadas pelos mais diversos grupos sociais (REIS, 1994, p. 94).

No entanto, se uma das características da modernidade foi ter acreditado na supremacia de um futuro programado como horizonte de expectativas, a hipermodernidade entende que o futuro é marcado por um porvir indeterminado e problemático, construído sem caminhos traçados de antemão ou mecanismos de regulação do porvir. Na medida em que a visão programada do futuro é reduzida, mais propensa às descobertas científicas e tecnológicas estará a humanidade, que sentirá os impactos positivos ou negativos do progresso do saber científico. Apesar de triunfar o tempo breve da mídia e da economia, certo é que as sociedades atuais continuam voltadas para o futuro, com uma visão menos romântica que aquela própria da modernidade, e paradoxal na medida em que a ciência se propõe a tornar possível o impossível. Nesse diapasão: “A impotência para imaginar o futuro só aumenta em conjunto com a sobrepotência técnico-científica para transformar radicalmente o porvir: a febre da brevidade é apenas uma das facetas da civilização futurista hipermoderna.” (LIPOVETSKY, 2004, p. 68).

Uma característica do tempo na hipermodernidade é que o presente se torna uma categoria temporal de curta duração, porquanto é transformado em passado cada vez mais rápido e chega ao futuro cada vez mais cedo, sendo espremido pelas subjetividades do passado e do futuro. Tal fenômeno é designado por Marramao como a síndrome da pressa⁹⁸. Portanto, nesse cenário em que o eixo do presente é dominante, a exigência por mais resultados num curto espaço de tempo “faz priorizar o urgente à custa do importante, a ação imediata à custa da reflexão, o acessório à custa do essencial”, de onde se conclui que “a hipermodernidade se distingue pela ideologização e pela generalização do reinado da urgência” (LIPOVETSKY, 2004, p. 77), repercutindo em todas as áreas da sociedade, inclusive nos discursos de celeridade processual e eficiência exigidos para o exercício da função jurisdicional do Estado.

No entanto, é preciso atentar para o fato de que o processo como garantia de direitos fundamentais, deve se preocupar com a garantia de tempo destinado às partes para a produção de provas e para a argumentação no processo. Ademais, o tempo de reflexão para que o juiz possa analisar os fatos passados reconstruídos por meio do processo também merece ser

⁹⁸ “La síndrome della fretta, in altri termini, per quanto in certa misura connaturata alla condition humaine, che fa di noi degli animali progettanti, è qualcosa di intimamente connesso con l'esperienza del tempo moderna (quale si configura da due secoli in qua, a partire dall'epoca della rivoluzione industriale) e ipermoderna (tipica, cioè, della vertiginosa innovazione tecnologica degli ultimi trenta-quarenta anni).” (MARRAMAO, 2008, p. 99) Em vernáculo: “A síndrome da pressa, em outros termos, em quanto, em certa medida como inerente à condição humana, que faz de nós uns animais projetantes, é alguma coisa de intimamente conexo com a experiência do tempo moderna (o qual se configura por dois séculos aqui, a partir da época da revolução industrial) e hipermoderna (típica, ou seja, da vertiginosa inovação tecnológica dos últimos trinta-quarenta anos). (tradução nossa)

considerado. A necessidade de tempo para a realização dos atos processuais faz emergir um novo conceito de tempo: o tempo kairológico⁹⁹, ou tempo devido¹⁰⁰.

Logo, é sob essa noção de tempo que as modificações na legislação processual penal precisam ser discutidas, pois não se pode vislumbrar uma decisão penal que prescindia de tempo para ser produzida. Afinal de contas, o tempo devido atua na concretização das garantias fundamentais, não permitindo que elas sejam reduzidas em prol de um discurso de efetividade despreocupado com a função contramajoritária do processo penal. Ademais, a incomensurabilidade do tempo kairológico faz crer que a estrutura normativa do processo penal deve ser aquela vigente em momento anterior aos fatos do processo (BINDER, 2003, p. 95), repercutindo, outrossim, no conceito de *actum*.

6.2 A noção de *actum* na concepção de processo como garantia de direitos fundamentais

Apesar da fórmula inscrita pelo princípio *tempus regit actum* ter sido criada com o objetivo de simplificar a solução do problema decorrente da sucessão entre normas processuais no tempo, seu enunciado não esclarece se sua aplicação se dá em termos de ato processual, fase processual ou processo futuro. Diante disso, inúmeras são as interpretações possíveis para aplicação do princípio da imediatidade, que apresenta uma série de equívocos e incertezas conceituais (MAZZA, 1999, p. 117) de difícil solução para os intérpretes do direito, mormente ao se depararem com processos jurisdicionais em andamento.

Na tentativa de esclarecer o problema em questão, Mazza (1999, p. 118-119) critica a identificação do termo “*actum*” com o inteiro procedimento, sob a justificativa de que se assim fosse, o processo estaria fadado a ser disciplinado pelas normas vigentes no momento de sua instauração, conflitando diretamente com o fundamento jurídico positivo do princípio *tempus regit actum*, qual seja, o art. 11 das disposições preliminares do Código Civil Italiano, cuja dicção expressa de maneira clara sua opção pelas regras de eficácia imediata para

⁹⁹ Segundo Marramao, “o correspondente grego de *tempus* não é *chronos*, senão *kairós*.” (MARRAMAO, 2005, p. 99, tradução nossa). No original: “il corrispettivo greco di *tempus* non è *chronos*, bensì *kairós*.”

¹⁰⁰ “É como se a unidade do termo representasse nossa consciência de que aquilo que chamamos <<tempo>> não fosse mais que um ponto de encontro entre elementos distintos, a partir dos quais se origina uma realidade evolutiva, uma mistura (acaso *cortar* não significa também, de certo modo, misturar?) que faz do tempo algo muito próximo ao que os gregos chamavam *kairós*, o *tempo devido*, o *tempo oportuno*. (MARRAMAO, 2005, p., tradução nossa) No original: “È come se l’unicità del termine recasse in sé la consapevolezza che ciò che chiamiamo <<tempo>> non è cche un punto d’incrocio tra elementi diversi, da cui ha origine la realtà evolutiva: una ‘miscela’ (tagliare non ha forse anche il significato di mescolare?) che fa del *tempus* qualcosa di assai prossimo a quello che i greci chiamavano *kairós*: il *tempo debito*, il *tempo opportuno*.”

disciplinar a sucessão de leis no tempo. No que diz respeito às fases processuais, o autor italiano afirma que

A conclusões não diferentes se alcançaria mesmo entendendo por *actus*, não o inteiro procedimento, mas apenas os seus estados, classes, ou fases, considerando, porém, cada um como um conjunto unitário. Mesmo neste caso, de fato, 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 ainda que do respeito ao dado determinado, da avaliação lógica da estrutura que caracteriza as normas às quais se aplicam os princípios intertemporais. Como mencionado anteriormente, se a nova lei não se refere ao inteiro processo, mas contém apenas os modelos bem determinados de atos e suas relativas consequências, então – dado que o objeto (mediato) dos princípios intertemporais é o mesmo 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 envolvida na sucessão.” (MAZZA, 1999, p. 119; 121, tradução nossa)¹⁰¹

De acordo com o autor italiano, o termo *actum* deve corresponder a cada ato processual a ser realizado no interior da estrutura normativa procedimental. Contudo, cumpre chamar a atenção para o fato de que toda norma processual segue uma estrutura lógica, que reflete sua unidade procedimental. Desse modo, impõe observar tal característica no momento em que se avalia a possibilidade de aplicação imediata da nova norma processual penal, pois se ela for incompatível com a estrutura lógica prevista na legislação anterior e já iniciado o processo, sob a égide da legislação antiga, é plausível que a aplicação imediata da nova norma reste prejudicada.

Considerando os ensinamentos de Oliviero Mazza, na ausência de uma regra definitiva para fixar o significado do termo *actum*, pode-se afirmar que ele significa tanto o processo enquanto conjunto de atos preparatórios do provimento final, como também pode expressar

¹⁰¹ No original: “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 imediata 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. Come si acenava in precedenza, se la nuova 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.”

uma determinada hipótese normativa a ser analisada de maneira atomizada, tal como ocorreu com a Lei nº 12.403/11¹⁰² (BARROS; MACHADO, 2011, p. 211).

Remo Caponi, por sua vez, é mais radical que o posicionamento anterior, e, ao analisar a irretroatividade¹⁰³ das normas processuais civis, afirma que “o *actus* é aquele ‘actus trium personarum’ em que consiste o processo inteiro (ou, ao menos, cada grau de jurisdição). (CAPONI, 2006, p. 459, tradução nossa)¹⁰⁴. O autor italiano apresenta fundadas preocupações com a noção de processo como garantia de direitos fundamentais, chegando ao ponto de afirmar que “não se mudam as regras do processo quando este está em curso”, pois “as regras do contraditório devem ser previamente conhecidas das partes e não devem ser expostas à álea das modificações supervenientes” (CAPONI, 2010, p. 67).

Nessa mesma esteira, Alberto Binder aduz que a organização legal do processo deve ser anterior ao fato que motiva a sua instauração. Segundo o autor argentino,

de nada serviria ao Estado dizer que “ninguém poderá ser preso se não for estabelecido previamente o delito pelo qual está sendo condenado, e se não for realizado previamente um julgamento”, se depois a lei processual penal pudesse ser modificada pela vontade do legislador, dando efeito imediato a uma nova modalidade de julgamento e de processo da qual resultará, eventualmente, uma sentença... (BINDER, 2003, p. 96)

Ao longo de sua explanação, Binder (2003, p. 96) se mostra preocupado com a manipulação da forma como está estruturado o processo, sustentando que tão importante quanto evitar que as pessoas sejam surpreendidas por novos tipos penais na configuração de delitos, seria evitar a modificação das normas processuais, já estando ele em andamento. Logo, a irretroatividade da lei processual penal consiste em princípio fundamental de garantia.

Assevera, ainda, que o processo configura uma unidade, que não se divide em atos específicos, porém dotado de certo significado de política criminal. Destarte: “O processo é

¹⁰² Seguindo essa linha de raciocínio, Barros e Machado analisaram os diversos impactos que a Lei nº 12.403/11 (Lei das medidas cautelares) poderia causar sobre as medidas cautelares pessoais decretadas anteriormente à entrada em vigor da nova lei, e fizeram a seguinte ponderação: “Dentro dessa perspectiva da atomização da nova lei para análise do direito, deve-se levar em conta as características próprias das medidas cautelares pessoais no processo penal e a concretização do princípio da presunção de inocência. Logo, as medidas cautelares já possuem em sua essência o caráter de temporalidade que exige a sua revisibilidade periódica, para verificação da manutenção da situação fática que a ensejou. (...) Quando a medida decretada antes da nova lei for revista periodicamente, convertida em outra medida ou revogada, terá como base a nova lei e não a velha, pois a situação é a de hoje e não a do passado” (BARROS; MACHADO, 2011, p. 212).

¹⁰³ Importante destacar que a irretroatividade não se encontra estabelecida no texto constitucional italiano, salvo a proibição de irretroatividade da lei penal incriminadora. Todavia, o dispositivo que assegura a irretroatividade das normas se encontra previsto nas disposições preliminares do Código Civil. Observe: “Art. 11. A lei não dispõe para o futuro: ela não tem efeito retroativo.” (tradução nossa). No original: “Art. 11. La legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroativo”.

¹⁰⁴ No original: “l’actus è quell’actus trium personarum in cui consiste l’intero processo (o quanto meno il singolo grado di giudizio).”

regido por uma lei processual como um todo, posto que consiste em um conjunto de atos encadeados que convergem para o julgamento e giram ao seu redor” (BINDER, 2003, p. 97 – grifo no original). Por isso, justifica que o princípio da irretroatividade da lei processual penal vige toda vez que a nova norma processual penal alterar o sentido político-criminal do processo penal.

É bem de ver que os ensinamentos de Binder são ofertados num contexto em que a Constituição argentina estabelece em seu art. 18, que: “Ninguém pode ser condenado sem um julgamento prévio fundamentado em lei anterior ao fato do processo” (ARGENTINA, 2014). Nesse sentido, o seguinte exemplo talvez ajude a melhorar a compreensão da matéria: a eliminação das etapas preparatórias de julgamento, tal como previstas na Constituição Nacional argentina, não poderiam ser aplicadas retroativamente porque distorcem o sentido da política criminal do processo.

Portanto, “o conceito fundamental que nutre o princípio de irretroatividade da lei processual e faz com que seu regime seja similar ao da lei penal propriamente dita é que dá unidade ao sentido político criminal do processo.” (BINDER, 2003, p. 97).

O que se pretende esclarecer com a presente discussão, é a necessidade de reconhecer o caráter procedimental das normas processuais e a salvaguarda dos princípios constitucionais do processo, sem os quais a redemocratização da ordem jurídica estará prejudicada, pois se o marco para a construção de uma legislação processual penal, no Brasil, é a Constituição da República de 1988, as reformas processuais devem ampliar as garantias, e não o contrário.

Em vista disso, o Código de Processo Penal português¹⁰⁵ (Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de Fevereiro), cujo ordenamento jurídico apresenta projeto cultural de redemocratização semelhante ao projeto brasileiro, estabelece importantes critérios interpretativos para a aplicação imediata de nova norma processual penal. A redação de seu art. 5º oferece três restrições ao princípio da aplicabilidade imediata das normas processuais penais. A primeira delas tem relação com a preservação dos atos processuais válidos praticados sob a vigência da lei anterior. Ou seja, não são passíveis de questionamento os atos praticados em observância da lei antiga. A segunda, diz respeito ao agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do acusado, sobretudo quando se tratar de uma limitação ao seu direito de defesa.

¹⁰⁵ “**Art. 5º Aplicação da lei processual penal no tempo**

1 – A lei processual penal 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, 1987).

A terceira, e não menos importante, se refere à quebra de harmonia e unidade dos vários atos processuais realizados ao longo da estrutura normativa.

É bem de ver que o segundo e o terceiro critérios estabelecidos pela legislação processual penal portuguesa, procuram adequar a sucessão de normas processuais penais no tempo com o modelo constitucional de processo. Nesse sentido,

No que se refere ao agravamento da situação processual do arguido, verifica-se importante adequação a noção que o processo penal é uma garantia constitucional, e portanto, a própria noção de que não há pena sem o devido processo legal, exige que o processo não seja modificado reduzindo as garantias. (BARROS, 2012, p. 165)

Já em relação ao terceiro critério, importante destacar a preocupação com a quebra de harmonia e unidade da cadeia procedimental,

pois reflete as possíveis modificações na estrutura dos procedimentos, logo em termos de normas procedimentais a aplicação a nova lei deve guardar correlação com uma nova fase processual, não com um novo ato, e pode ensejar até mesmo a não aplicação em determinados casos em que há quebra da unidade do procedimento. (BARROS, 2012, p.165)

Impende destacar que tais questões não são solucionadas mediante a aplicação em geral e abstrato do princípio *tempus regit actum*, mas, sobretudo, com a ostensiva participação das partes no exame do caso concreto, e fundada preocupação com os princípios constitucionais do processo e a preservação da unidade procedimental.

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

Importante salientar que se o processo penal brasileiro previsse a aplicação de uma base interpretativa semelhante a essa aplicada pela legislação processual penal portuguesa, certamente afastaria a noção de *tempus regit actum*, e mais próximo do modelo constitucional de processo estariam as reformas processuais penais praticadas nos últimos anos. Assim, no caso da Lei nº 11.689/08, que alterou dispositivos relativos ao procedimento do Tribunal do Júri, dentre eles, revogando o art. 607 do Código de Processo Penal, que previa o recurso do protesto por novo júri nos casos em que a sentença condenatória fosse de reclusão por tempo igual ou superior a vinte anos, por óbvio, só seria aplicada àqueles casos em que o fato que ensejou a instauração do processo tivesse sido realizado após a entrada em vigor da referida lei, ou seja, 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

No entanto, conforme restou observado alhures, os tribunais brasileiros aferem a aplicação imediata da nova norma processual penal levando em consideração o caráter misto ou puro da norma em discussão. Em sendo assim, tratam as normas relativas a recursos como estritamente processuais, razão pela qual entendem que elas devem ser aplicadas imediatamente, não importando se o processo já esteja em andamento. Essa foi a decisão proferida pelo STJ, ao analisar o Habeas Corpus nº 31.585 – SP, de relatoria do Ministro Vasco Della Giustina. No presente caso, discutiu-se a possibilidade do acusado por crime doloso contra a vida, condenado a mais de 20 (vinte) anos de reclusão, envidar o recurso do protesto por novo júri, nos termos do art. 607, vigente à época da realização do fato que deu origem ao processo criminal. Apesar de o fato ser anterior à revogação dos artigos 607 e 608 do Código de Processo Penal – CPP pela Lei 11.689/2008, o tribunal entendeu não ser cabível, uma vez que se tratando de norma estritamente processual, a sucessão de leis processuais penais no tempo é regida pelo princípio *tempus regit actum*, conforme aduz o art. 2º do Código de Processo Penal – CPP, sob a seguinte fundamentação:

No âmbito do direito processual penal, ao se tratar da aplicação da lei penal no tempo, vige o princípio do efeito imediato, representado pelo brocardo latino *tempus regit actum*, conforme previsão contida no art. 2º do Código de Processo Penal.

(...)

Dessa maneira, a Lei 11.689 de 9 de Junho de 2008, que retirou do ordenamento jurídico o protesto por novo júri, tem aplicação imediata e incidirá imediatamente sobre os atos processuais subsequentes.

In casu, a sentença condenatória fora proferida em 12.4.2011, ou seja, o interesse recursal surgiu muito tempo após da vigência da norma que extinguiu o referido recurso, razão pela qual no momento da irrisignação contra o édito condenatório, já não havia a previsão do protesto por novo júri.

Outrossim, no que pese o fato criminoso ter sido praticado antes da edição da Lei n. 11.689/08, tal circunstância não tem o condão de manter a aplicação do dispositivo outrora revogado, visto que o tema circunscreve-se à matéria estritamente processual e a prolação da sentença condenatória ocorreu em 12.4.2011. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012)

Segundo o STJ, as normas processuais penais relativas a recursos são reconhecidamente tratadas como normas estritamente processuais, e, por essa razão, sua modificação apresenta efeitos imediatos, não importando se sua aplicação seja no sentido de suprimir recurso de uso exclusivo da defesa, alcançando essa modificação todos os processos em andamento, ainda que os fatos imputados tenham ocorrido em período anterior à mudança da lei. A lei do recurso é, portanto, sempre aquela vigente à época em que foi publicada a decisão impugnada.

Todavia, esse entendimento não prospera mediante a análise do caso concreto construído à luz da teoria da argumentação de Günther e de um modelo constitucional de

processo, cujo marco teórico norteia o presente trabalho. De plano, insta consignar que o problema da sucessão entre as normas processuais penais no tempo não se resolve apenas com a discussão acerca da natureza estritamente processual ou mista de determinada norma. Pelo contrário, no interior da dialética processual, deve-se perquirir se a aplicação da nova lei processual penal ao caso em andamento reduzirá as garantias fundamentais do processo, indispensáveis para que o acusado possa demonstrar sua inocência, e ainda se atingirá a unidade procedimental do processo. Se afirmativo, a nova norma processual penal não poderá ser aplicada. Contudo, se a resposta for negativa, não haverá problemas na aplicação imediata da nova norma processual penal.

No caso da supressão do recurso do protesto por novo júri pela Lei nº 11.689/08, é de se ver que ela reduziu garantias fundamentais do acusado, a saber: a ampla argumentação e o contraditório. Nesse sentido, ela jamais poderia ter sido aplicada ao caso em análise, pois alterou substancialmente as “regras do jogo” após já ter sido iniciado, lembrando as palavras de Remo Caponi. Ademais, cumpre destacar que a introdução dos discursos da celeridade e da eficiência não podem solapar as garantias fundamentais do processo, sobretudo quando essas são indispensáveis à observância do tempo devido do processo, que exige tempo para garantir a participação das partes no processo, seja para a produção de provas ou para argumentação.

Nesse diapasão, observando os critérios de correção normativa, em que a solução mais correta para o caso em análise deve ser extraída da consideração de todas as normas *prima facie* aplicáveis ao caso concreto, é de se ver que a supressão do protesto por novo júri no julgamento realizado pelo STJ foi inteiramente equivocada, seja em termos de hermenêutica jurídica e de teoria do processo.

É preciso deixar claro que a crítica ora realizada não se dirige pura e simplesmente ao dispositivo do art. 2º do CPP, que prevê a aplicação imediata da nova norma processual penal. Mas à sua utilização como único critério de interpretação para a solução do problema decorrente da sucessão entre normas processuais penais no tempo. Em parte, esse problema decorre do próprio arcabouço jurídico brasileiro, que passados mais de 25 (vinte e cinco) anos de democratização, permite que os operadores do direito trabalhem sobre um Código de Processo Penal aprovado nos idos de 1941.

Ciente da necessidade de adaptar a legislação processual penal brasileira aos ditames constitucionais, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional um projeto de lei que visa reformar o Código de Processo Penal. Contudo, o legislador brasileiro não parece muito preocupado em adequar a legislação processual penal ao modelo constitucional de processo.

Pelo menos no que se refere ao estabelecimento de normas de direito intertemporal, esse pensamento não permeou o devido processo legislativo do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, cuja redação final aprovada pela referida casa legislativa manteve 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. Outrossim, no tocante aos recursos, restou firmado que serão aplicadas as normas processuais vigentes na data da publicação da decisão. Observe:

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 publicação da decisão impugnada.

(BRASIL, 2009)

Atualmente, o projeto de lei encontra-se em tramitação junto à Câmara dos Deputados, sob a forma de Projeto de Lei nº 8.045/10, ainda sujeito à apreciação do plenário. No entanto, a se confirmar a redação proposta, o novo Código de Processo Penal, apesar de apresentar fundada preocupação com a unidade procedimental das fases processuais, conforme disposição do §1º do art. 7º da proposição legislativa, a base principiológica uníssona permanecerá distante das discussões concernentes à reforma da legislação processual penal brasileira, o que denota a ausência de maiores avanços, ao menos no tocante à intertemporalidade das normas processuais penais.

Ademais, a situação não é tão simples assim quanto se apresenta e é exatamente na fixação de uma simples regra de interpretação que desconsidera as demais circunstâncias do caso concreto para a solução do problema da sucessão de normas processuais penais no tempo que reside a crítica do presente trabalho. Para a solução desse problema, o paradigma procedimentalista do direito impõe analisar cada caso concreto e as diversas possibilidades de discussão do problema no interior da dialética processual (BARROS; MACHADO, 2011, p. 211), pois o uso de fórmulas rígidas de direito intertemporal nos moldes da parêmia *tempus regit actum* não se coaduna com uma teoria do processo em que os afetados pela decisão são os protagonistas no discurso de aplicação da norma jurídica. Ou seja, em se tratando de processo penal em andamento, a aplicação imediata da nova norma processual penal estará

condicionada ao respeito do novo texto normativo à base principiológica uníssona e aos princípios unificadores do microssistema processual penal. Do contrário, a nova norma processual penal apenas poderá ser aplicada aos processos cujo objetivo seja a apuração de fatos realizados após a modificação normativa.

Para melhor esclarecimento da matéria, cumpre trazer a lume um exemplo hipotético. Com a entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, que, dentre outras modificações, alterou dispositivos do CPP relativos ao procedimento comum ordinário, é de se ver que o interrogatório do réu passou a ser o último ato da instrução, reforçando a ideia de que esse é um meio essencialmente de defesa. Nesse caso, a pergunta que se faz é a seguinte: como resolver o problema da sucessão das normas processuais penais nos processos em andamento, cujo rito seja o procedimento comum ordinário?

A resposta a essa pergunta precisa ser respondida sob um prisma hermenêutico, em que não se admite uma única solução baseada no critério *tempus regit actum*. Pelo contrário, a solução para o presente caso deve analisar todas as circunstâncias do caso e perquirir sobre a possibilidade de aplicação das normas jurídicas *prima facie* aplicáveis. Em outras palavras, deve-se aferir a fase em que o processo se encontra a partir da entrada em vigor da nova lei e avaliar eventuais efeitos da aplicação imediata da nova norma processual penal ao caso concreto. Se, porventura, houver violação à unidade procedimental ou ao modelo constitucional de processo, não se aplica a nova norma. Contudo, caso a aplicação imediata da nova norma processual penal não afete tais postulados, ela poderá ser observada imediatamente.

Pelo menos é esse o nível em que as discussões de direito intertemporal devem ser empreendidas, de modo a considerar todos os argumentos das partes sujeitas aos comandos do provimento. Nesse sentido, é sabido que cada caso penal guarda sua particularidade, e no intuito de otimizar o trabalho de adaptação da nova legislação processual penal aos processos em andamento, salutar a saída encontrada por Barros e Nunes, ao proporem no devido processo legislativo de reformas processuais macro estruturais

que se prepare um verdadeiro estudo caso a caso do direito intertemporal, já que os processos em andamento precisarão se adaptar a nova ordem processual do ponto em que se encontrarem. Para tanto, é importante estabelecer uma comissão que defina as bases da adaptação procedimental do direito intertemporal, com intuito de garantir as bases do modelo constitucional de processo. Assim, deve-se levar em conta para estabelecer os pontos de adaptação do procedimento à nova ordem e respeito aos princípios constitucionais e às especificidades do microssistema analisado, seja processo civil individual, consumerista, incidentes de coletivização ou processo penal. (NUNES; BARROS, 2010, p. 35)

Impõe-se o período de *vacatio legis* como o momento propício para a análise das questões de direito intertemporal, mormente para evitar que direitos e garantias fundamentais das partes no processo sejam desrespeitados. Ademais, as questões de direito intertemporal impõem um tratamento consentâneo à atual concepção de tempo e sua relação com o direito (RESTA, 2009). E a compreensão ora inserida é a de um direito enquanto estrutura de expectativas, cujas normas processuais penais, que impliquem na redução de direitos fundamentais, além de terem sua legitimidade questionada em termos constitucionais, não podem ser aplicadas aos processos em andamento (BARROS, 2012, p. 168), pois os direitos fundamentais e as garantias constitucionais do acusado partem de um processo cultural voltado para a compreensão do passado (espaço de experiências), reavaliação da atuação estatal no presente e, finalmente, se compromete com a construção de um futuro (horizonte de expectativas) inspirado por uma ordem jurídica democrática. Por outro lado, negar a aplicação imediata de uma nova norma que observe as garantias fundamentais, equivale a desprezar o processo histórico de concretização de direitos fundamentais, cujo objetivo é perseguido pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Habermas assevera que

Toda constituição democrática desenvolve uma dupla relação com o tempo: enquanto documento histórico, ela relembra o ato de fundação que interpreta (ela marca um início no tempo e, simultaneamente, enuncia o seu caráter normativo, ou seja, relembra que a tarefa de interpretação e de configuração do sistema dos direitos se coloca para cada geração, *como uma nova tarefa*); enquanto projeto de uma sociedade justa, a constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente. (HABERMAS, 2003, p. 119)

A constituição consiste em projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade solidária de cidadãos livres e iguais, voltado para o futuro, mas que não se esquece dos dissabores do passado, enquanto parte do aprendizado e da experiência necessária para o exercício da autodeterminação jurídico-política e defesa do patriotismo constitucional. A construção de um Estado Democrático de Direito constitui um desafio diário proposto pela Constituição brasileira a todos os membros dessa sociedade, sejam eles cidadãos comuns ou agentes públicos – juízes, legisladores e administradores.

A esse cenário de permanente aprendizagem social que as mudanças na lei processual penal devem ser submetidas, de modo a não descurar da nova semântica do tempo, sobretudo no que diz respeito ao processo jurisdicional, que trabalha as três dimensões de tempo: passado, presente e futuro. Nas palavras de Resta (2009), o processo penal precisa ser refletido sobre o paradoxo de que ele visa discutir e reconstruir um fato passado, para a

produção de uma decisão que surtirá efeitos no futuro, aplicando-se a norma jurídica do presente.

CONCLUSÃO

Após toda a exposição aqui empreendida, foi possível demonstrar que a fórmula de aplicação imediata da lei processual penal nova, decorrente do princípio *tempus regit actum*, não considera a complexidade das questões envolvendo a relação entre tempo e direito, cujas reflexões devem se dar sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, cumpre destacar o relevante papel desempenhado pela virada linguística ao conferir novos contornos à hermenêutica jurídica, e, por conseguinte, ao problema da sucessão entre normas processuais penais no tempo.

Considerando que toda a base teórica do Direito Intertemporal encontra substrato no positivismo jurídico, foi preciso romper com essa forma de pensar o direito, e reconhecer de uma vez por todas que ele jamais atingirá o mesmo grau de certeza e confiabilidade das ciências naturais ou matemáticas, razão pela qual o caminho mais adequado para a solução do problema jurídico deve partir da análise de especificidades do caso concreto.

Trazendo esses ensinamentos para o campo do direito intertemporal, mais precisamente àquele restrito ao direito processual penal, foi preciso criticar as regras clássicas de hermenêutica jurídica, estabelecidas ao longo da história do direito, cujos postulados não atendem às exigências do paradigma procedimentalista do direito, e não foi diferente com a fórmula *tempus regit actum*.

Apesar da Constituição brasileira não definir uma regra concernente à produção de efeitos da lei nova, sua redação estabelece a irretroatividade da lei penal mais gravosa como garantia fundamental do cidadão. Contudo, importante destacar que esse preceito constitucional não responde à questão do conflito entre normas processuais penais no tempo. Logo, o dispositivo legal que disciplina a sucessão entre normas processuais penais no tempo está previsto no art. 2º do Código de Processo Penal.

Em vista da dificuldade encontrada pelos operadores do direito para a aplicação do princípio *tempus regit actum*, que não esclarece o momento adequado para que tais modificações sejam implementadas aos processos em andamento, estudiosos do direito processual penal resolveram classificar as normas processuais penais em puras e mistas, a fim de simplificar o problema. Assim, as normas processuais puras seriam submetidas ao princípio da imediatidade, não importando se a aplicação da nova norma causasse prejuízos ao acusado. Já as normas processuais penais mistas estariam sujeitas ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, não se aplicando aos processos em curso quando de

sua entrada em vigor. Viu-se que essa solução encontrou ressonância nos principais tribunais brasileiros, e foi respaldada por estudiosos de renome do direito processual penal brasileiro.

No entanto, considerado o giro hermenêutico pelo qual passou o direito, é preciso destacar que não basta classificar as normas processuais penais, e a partir de então extrair a solução para o problema do conflito entre normas processuais penais no tempo, pois além de genérico e abstrato, esse método interpretativo desconsidera a noção de processo como garantia de direitos fundamentais, não estabelecendo critérios seguros para a preservação dos direitos do acusado e a unidade procedimental frente à aplicação imediata da lei nova.

O direito deixou de vislumbrar uma única resposta adequada ao caso concreto, para buscar a que confira maior grau de correção normativa à atividade jurisdicional. Em vista disso, o presente trabalho partiu da teoria da argumentação jurídica proposta por Klaus Günther, para demonstrar que a solução para a intertemporalidade conflitual das normas processuais penais deve ser empreendida no plano do discurso de aplicação, que considera todas as circunstâncias do caso concreto e perquire sobre as normas jurídicas *prima facie* aplicáveis, pois somente diante da singularidade do caso, e ainda assim, com reservas, será possível aferir todos os efeitos de uma norma jurídica.

E não é diferente com o direito intertemporal, que, no Brasil, elegeu o princípio da imediatidade como critério para a sucessão de normas processuais penais no tempo. Ocorre que a noção de *tempus regit actum* é problemática sobre dois aspectos. O primeiro deles diz respeito ao significado da expressão *tempus*, que, conforme observado, pode vir a apresentar vários sentidos, desde as primeiras noções de tempo cronológico, marcado pela continuidade das dimensões temporais de passado, presente e futuro, até a criação da noção de tempo social e histórico, cuja descontinuidade demarca a ênfase em passado e futuro, sobretudo este último. Contudo, se o advento da era moderna modificou o enfoque da questão da passagem do tempo para a ideia de futuro em aberto, proporcionado pela positivação do direito, a hipermodernidade dos dias atuais é marcada por um porvir indeterminado e problemático, cuja preocupação maior com o presente repercute inclusive nos discursos de celeridade processual e eficiência do exercício da função jurisdicional do Estado. Nesse cenário, emergiu a figura do tempo kairológico, ou tempo devido, que garante às partes a possibilidade de desfrutarem do tempo necessário para participar em contraditório, e ampla defesa, da construção do provimento, e para que o juiz possa refletir sobre os fatos passados reconstruídos dialogicamente por meio do processo.

Já sobre o segundo aspecto, é de se ver que o termo *actum* não esclarece a partir de quando a nova norma processual penal será aplicada: se a partir do novo ato processual a ser

realizado, se a partir da fase posterior à que o processo se encontra ou se apenas para os processos iniciados após a sua entrada em vigor. Nesse sentido, foi preciso reconhecer o caráter procedimental das normas processuais, que fundam um conjunto de atos e posições subjetivas, guardando entre si uma unicidade e coerência lógica, em que o ato anterior é pressuposto lógico e necessário para a realização do ato posterior. Portanto, desconsiderar essa característica do processo, e aplicar imediatamente a nova norma processual penal, pode afetar a unidade do procedimento, causando sérios prejuízos à atividade jurisdicional.

O caráter procedimental das normas processuais e a salvaguarda de direitos fundamentais do acusado precisam, portanto, ser colocados em pauta na busca de uma solução para o problema da sucessão entre normas processuais penais no tempo. Aliás, se um dos objetivos da redemocratização da ordem jurídica brasileira é a construção de uma legislação processual penal adaptada à Constituição da República de 1988, é nesses termos que a discussão deve ser empreendida, lembrando que as reformas processuais devem ampliar as garantias, e não o contrário.

Por fim, cumpre ressaltar não ser a proposta do presente trabalho a revogação do princípio *tempus regit actum*, mas sim a criação de uma base interpretativa constitucionalmente adequada para o princípio da imediatidade. Nesse diapasão, deve-se aferir a fase em que o processo se encontra e a partir da entrada em vigor da nova norma, avaliar as consequências de sua aplicação imediata ao caso concreto. Caso haja violação à unidade procedimental ou ao modelo constitucional de processo, a modificação não terá efeitos imediatos. Contudo, se a aplicação imediata não atingir tais postulados, ela poderá ser imediatamente observada.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi, Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 1210 p.

ARGENTINA. Constitución Argentina (1994). **Constitución de la Nación Argentina**. Disponível em: < https://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-int-text-const.html >. Acesso em: 01 fev. 2014.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Coisa julgada inconstitucional**: hipóteses de flexibilização e procedimentos para impugnação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 223 p.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Problemas de Direito intertemporal e alterações do Código de Processo Penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 16, n. 188, julho de 2008, p. 23-26.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 509-520.

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. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 2. ed. 248 p.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 272 p.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Tempo e processo: os reflexos do direito intertemporal nas reformas do processo penal. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. **Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da reconstrução dos códigos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 151-171.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 603 p.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 292 p. Título original: Introducción al Derecho Procesal Penal.

BRASIL. **Decreto nº 181**, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei do casamento civil. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html> > Acesso em: 14 jan. 2014.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm > Acesso em: 14 jan. 2014.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** (1916). Lei nº3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm > Acesso em: 14 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1275/1922**. Publicado no Diário Oficial da União em 14/07/1922, p. 379.

BRASIL. **Código Penal** (1940). Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm >. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. **Lei de Introdução do Código de Processo Penal** (1941). Decreto-lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3931.htm >. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil** (1942). Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm >. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. **Lei n. 7.210/1984**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm >. Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.072/1990**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm >. Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.099/1995**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm > Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro** (1997). Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm >. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 78.320-3**, Relator Min. Sydney Sanches. Acórdão de 02 fev. 1999. Publicado no Diário de Justiça em 28/05/1999. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77854> >. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.259/2001**, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm > Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 32.361**, Relatora Min. Laurita Vaz. Acórdão de 09 mar. 2004. Publicado no Diário de Justiça em 05.04.2004. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=459665&sReg=200302258100&sData=20040405&formato=PDF > Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 84.230**, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Acórdão de 04 set. 2007. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 24/09/2007. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=717994&sReg=200701283200&sData=20070924&formato=PDF > Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 92.477-8**, Relatora Min. Ellen Gracie. Acórdão de 21 out. 2008. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 07/11/2008. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559835> > Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 156/2009**, que reforma o Código de Processo Penal. Disponível em: <
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1> > Acesso em: 01 out. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 104.555**, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Acórdão de 28 set. 2010. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 15/10/2010. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747350> > Acesso em: 07 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 31.585**, Relator Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Acórdão de 22 mar. 2012. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 11/04/2012. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1132968&sReg=201102760551&sData=20120411&formato=PDF > Acesso em 07 out. 2013.

CAIXETA, Maria Cristina Diniz. **O novo processo constitucional administrativo: sua importância na construção do Estado Democrático de Direito**. 2010. 262 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em:
<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CaixetaMC_1.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes constitucionais do novo estado brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, n. 73, p. 235-236, jan., 1938.

CAPONI, Remo. *Tempus regit processum*: um appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo. **Rivista di Diritto Processuale**. Bologna: CEDAM, Anno LXI (Seconda serie) – N. 2, p. 449-462, Aprile-Giugno 2006. Disponível em: <
http://www.academia.edu/206961/R._Caponi_Tempus_regit_processum_un_appunto_sullefficacia_delle_norme_processuali_nel_tempo_2006>. Acesso em: 10 jan. 2014

CAPONI, Remo. Overruling em matéria processual e garantias constitucionais. Tradução: Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Curitiba: Juruá, n. 85, p.61-68, out./dez., 2010. Título original: Overruling in matéria processuale e garanzie costituzionali.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 356 p.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 323 p.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 340 p.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 288 p.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Tempo cairológico da constituição e democracia sem espera: o processo constituinte de 1987-88 e a legitimidade da constituição brasileira vinte anos depois. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz. **Jürgen Habermas, 80 anos: Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 279-300.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, Volume I. 519 p. Título original: Istituzioni di diritto processuale civile.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 398 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural no Brasil e um merecido tributo a Jorge de Figueiredo Dias. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de.; SEIÇA, Alberto Medina de (Org.). Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, v. 3, p. 793-820.

DELFINO, Lúcio. Anotações sobre o direito intertemporal processual. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 356, p. 77-90, jun. 2007.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. 120 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v. 1.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Fraude no processo civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 159 p.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 204p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I. 708p.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 781 p. Título original: *Instituzioni di diritto processuale*.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**: reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 306 p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 539 p.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. 583 p.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. 731 p. Título original: *Warheit und Methode*.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 232 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n. 03, p. 195-206, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 219 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 01-16.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação – revisão criminal – habeas corpus – mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, reclamação aos tribunais. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 366 p.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução: Juan Carlos Velasco Arroyo. **DOXA (Cuaderno de Filosofía del Derecho)**. Alicante: n. 17-18, p. 271-302, 1995.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução: Leonel Cesarino Pessoa. **Cadernos de Filosofia Alemã**, São Paulo, n. 06, p. 85-102, 2000. Título original: *A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification*.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. 423 p. Título original: Der sinn für angemessenheit: anwendungsdiskurse in moral und recht.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. 55 p. Título original: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxal union of contradictory principles? **Political Theory**, v. 29, n. 6, dec. 2001, p. 766-781.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. 390 p. Título original: Die einbeziehung des anderen – studien zur politischen theorie.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Volume II. 352 p. Título original: Faktizität um geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechitstaats.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação:** ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. 330 p. Título original: Wahrheit und Rechtfertigung – Philosophische Aufsätze.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. 2. ed. Volume I. 354 p. Título original: Faktizität um geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechitstaats.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia.** 2. ed. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1998. 285 p.

ITÁLIA. **Codice Civile.** Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. Disponível em: < <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34795#titolo> >. Acesso em: 14 de jan. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado. 1976. 484 p.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado:** contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução: Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. 368 p. Título original: Vergangene Zukunft.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2002. 112 p.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008. 164 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 204 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 293 p.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. 4. reimp. São Paulo: Barcarolla, 2004. 129 p. Título original: Les temps hypermodernes.

MACIEL JÚNIOR, João Bosco. A sentença com reserva das exceções substanciais indiretas do direito italiano. **Revista do TRT da 15ª Região**. N. 26, p. 199-220, 2005. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125424/Rev26Art14.pdf/67e953b4-cf56-43ff-8c9f-8f77e6b9c90f>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1951.

MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização**: as categorias do tempo. Tradução: Guilherme Alberto Gomes de Andrade. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995. 347 p. Título original: Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo.

MARRAMAO, Gioacomo. **Kairós**: apologia del tempo debito. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2005. 113 p.

MARRAMAO, Giacomo. **La passione del presente**. Torino: Bollati Boringhieri, 2008. 294 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. 431 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 342 p.

MAZZA, Oliviero. **La norma processuale penale nel tempo**. Milano: Giuffrè Editore, 1999. 413 p.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 7. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1995. 233 p.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O fim do protesto por novo júri e a questão do direito intertemporal. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 11-21, ago./set. 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad. 132 p.

NUNES, Dierle José Coelho; BARROS, Flaviane de Magalhães. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis

Bolzan de (Coords.). **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 15-53.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1. ed., 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. 282 p.

PACE, Gaetano. **Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato**. Milano: Ambrosiana, 1944. 532 p.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 338 p.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 78/1987. Disponível em: <
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&ficha=1&pagina=1>. Acesso em: 25 jan. 2013.

RESTA, Eligio. **Diritto vivente**. Roma: Laterza, 2009.

RANGEL, Paulo. O princípio da irretroatividade da lei processual penal material como garantia fundamental. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 16, n. 188, julho de 2008, p. 04.

REIS, José Carlos. **Tempo, história e evasão**. Campinas: Papirus, 1994. 202 p.

ROUBIER, Paul. **Les conflits des lois dans le temps: (théorie dite de la non-retroactivité des lois)**. Paris: Sirey, 1929. Volume I. 675 p.

ROUBIER, Paul. **Les conflits des lois dans le temps: (théorie dite de la non-retroactivité des lois)**. Paris: Sirey, 1933. Volume II. 816 p.

SAVIGNY, Friedrich Carl von et al. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada-Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica Social, 1949. 377 p.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales em el Proceso Penal**, Editorial Colex, Madrid, 1990.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Privilégio de foro e improbidade administrativa. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **O Supremo Tribunal Federal revisitado: o ano judiciário de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 17-65.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 492 p.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 118 p.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987. 281 p.

WHITROW, Gerald James. **O tempo na história:** concepções sobre o tempo da pré-história aos nossos dias. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. 242 p. Título original: Time in history (views of time from the prehistory to the present day).

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. rev. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967. 768 p. Título original: Privatrechtsgeschichte der neuzeit unter besonder berücksichtigung der deutschen entwicklung.