

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**DA REDUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL RETROATIVA:
ANÁLISE DA LEI N. 12.234/2010 A LUZ DA TEORIA DO
GARANTISMO PENAL**

RODRIGO FERNANDO NOVELLI

Itajaí-SC, novembro de 2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**DA REDUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL RETROATIVA:
ANÁLISE DA LEI N. 12.234/2010 A LUZ DA TEORIA DO
GARANTISMO PENAL**

RODRIGO FERNANDO NOVELLI

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado
Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do
Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Clovis Demarchi

Itajaí-SC novembro de 2014

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz, coordenador do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu*, em Ciência Jurídica da Univali, e em seu nome, agradeço os demais Professores que auxiliaram todos os alunos na busca pelo conhecimento.

Ao Professor Doutor Clovis Demarchi pela aceitação da orientação, bem como enaltecer que a mesma sempre foi esclarecedora e ágil, imprescindível para a conclusão da presente dissertação. Agradeço também ao Doutor Luiz Magno Pinto Bastos Júnior, pelas considerações feitas ao trabalho.

Ao Professor Doutorando Antônio Carlos Marchiori, diretor do Centro de Ciências Jurídicas da FURB, que possibilitou o convênio FURB/UNIVALI para a concretização deste Curso de Mestrado, e em seu nome, agradeço aos demais colegas Professores e funcionários da FURB, do qual sou muito honrado em fazer parte.

Aos meus colegas de mestrado pela demonstração de amizade e companheirismo durante as aulas e estudos, seja aqui em nossa região, bem como durante as disciplinas em Alicante (Espanha).

Aos meus amigos que durante certo tempo me mantive afastado dedicado aos estudos, mas, apesar da ausência nada abalou ou fez diminuir um sentimento de amizade verdadeira.

Em especial agradeço ao Mestre Leonardo Beduschi, ao Delegado de Polícia Civil André Sant´ana Amarante, e ao Juiz de Direito Leandro Rodolfo Paasch pelas várias provas de amizade que certamente contribuíram com a minha formação.

Aos colegas Irani dos Santos, Christa Wanke e Bruno Louis Pabst Wanke pelos ensinamentos diários na busca de justiça através da advocacia, sendo que diariamente me motivam e auxiliam na minha formação profissional e humana.

E a minha família por último, mas nunca menos importante.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação, bem como todos os atos de minha vida a minha família.

Dedico a meus pais Nelson Roberto Novelli e Vânia Aparecida Baldo Novelli que desde que me conheço por gente não medem esforços para fazer minha vida feliz, e confesso que sempre conseguiram.

Ao meu irmão Marcelo Alexandre Novelli o melhor amigo que Deus poderia enviar para demonstrar o quão bela pode ser uma amizade.

A minha esposa Tamara Tamanini Novelli, amor da minha vida que sempre demonstrou ser parceira e companheira de todos os momentos, e tenho certeza que para toda a vida.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

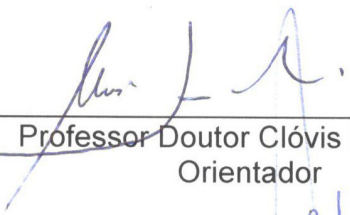
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, novembro de 2014.

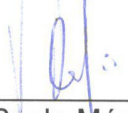
Rodrigo Fernando Novelli
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

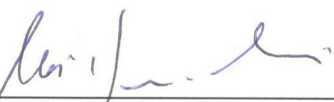


Professor Doutor Clóvis Demarchi
Orientador

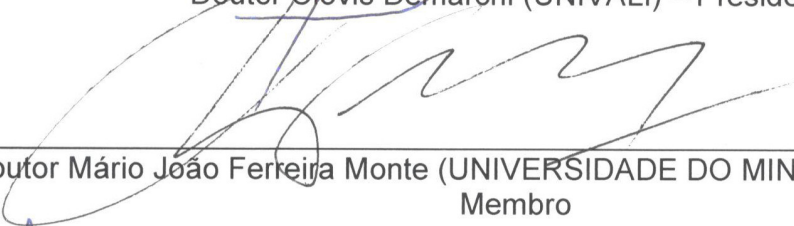


Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Clóvis Demarchi (UNIVALI) – Presidente



Doutor Mário João Ferreira Monte (UNIVERSIDADE DO MINHO, PORTUGAL) –
Membro



Doutora Ivone Fernandes Morcilo Lixa (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), novembro de 2014.

ROL DE CATEGORIAS

Garantismo

“O garantismo se enquadra dentro do positivismo jurídico próprio do Estado moderno, caracterizado pela forma estatal do Direito e pela forma jurídica do Estado, aquela conformada pelo princípio *auctoritas, non veritas facit legem* e esta pelo princípio da legalidade.”¹

Garantismo Penal

“O garantismo penal serve como uma política criminal onde prevalece a mínima intervenção do Estado no sistema normativo punitivo, pautado na validade da norma e na sua efetividade – de forma distinta e também, entre si – atuando como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma penal.”²

Lei nº 12.234

Trata-se de uma lei federal que alterou os artigos 109, inciso VI e 110, §§ 1º e 2º do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, aumentando o prazo mínimo de prescrição penal para 3 anos quando a infração for punida em seu grau máximo com pena menor de 1 ano. Bem como restringiu a aplicação da prescrição retroativa em data anterior ao recebimento da denúncia.

Prescrição

É a perda da prerrogativa do Estado de analisar determinado fato delituoso, pelo decurso de tempo. Considera-se que não há mais interesse estatal (judicial) na análise de determinado acontecimento, considerando não apenas o decurso temporal, mas também a adaptação do ocorrido à vida social.

¹ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade:** Uma abordagem garantista. 2 ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2006, p. 103

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. revisada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 785/787.

Prescrição Penal

“Prescrição penal é a perda ou renúncia do poder de punir do Estado em face do decurso do tempo. É uma limitação temporal da persecução criminal (prescrição da pretensão punitiva) ou da execução da pena (prescrição da pretensão executória), produzida em obediência a razões de Política Criminal”³

Pena

Espécie de sanção penal. Em nosso ordenamento jurídico a pena pode ser privativa de liberdade (prisão) bem como restritiva de direitos.

Prescrição Retroativa

É uma espécie de prescrição da pretensão punitiva. Somente pode ter existência a partir de uma decisão condenatória, pois a análise de sua ocorrência depende da pena *in concreto*. Uma vez estipulado o prazo prescricional, verifica-se (olhando para os atos do processo que já foram realizados) se o processo transcorreu dentro do prazo determinado na lei.

³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição: a identidade no tempo e a proporcionalidade**. In: FAYET JÚNIOR, Ney; FAYET, Marcela; BARAK, Karina. **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. v. 1. p. 41 e 42

SUMÁRIO

RESUMO.....	XI
ABSTRACT.....	XII
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1	17
FUNDAMENTOS DO GARANTISMO PENAL E A SUA INCORPORAÇÃO COMO PARÂMETRO DE VALIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO	17
1.1 CONCEITUANDO A TEORIA DO GARANTISMO PENAL	17
1.2 PRINCÍPIO E MODELOS DE DIREITO PENAL	20
1.3 OS DEZ AXIOMAS GARANTISTAS	23
1.3.1 Nulla poena sine crimine (A1)	25
1.3.2 Nullum crimen sine lege (A2)	26
1.3.3 Nulla Lex (poenalis) sine necessitate (A3)	30
1.3.4 Nulla necessitas sine injuria (A4)	32
1.3.5 Nulla injuria sine actione (A5)	34
1.3.6 Nulla actio sine culpa (A6).....	35
1.3.7 Nulla culpa sine judicio (A7).....	36
1.3.8 Nullum judicium sine accusatione (A8).....	38
1.3.9 Nulla accusatio sine probatione (A9).....	39
1.3.10 Nulla probatio sine defensione (A10)	40
1.4 O ESTADO DE DIREITO GARANTISTA.....	41
1.4.1 Considerações iniciais.....	41
1.4.2 O Estado de Direito brasileiro seria garantista?	42
1.5 O ANTIGARANTISMO.....	52
CAPÍTULO 2	55
DELINEAMENTOS GERAIS SOBRE PRESCRIÇÃO PENAL.....	55
2.1 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO PENAL	57
2.2 CRIMES IMPRESCRITÍVEIS	61
2.3 PRESCRIÇÃO É UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL	63
2.4 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO.....	65
2.4.1 Prescrição da pretensão punitiva	66
2.4.1.1 Prescrição propriamente dita.....	68
2.4.1.2 Prescrição superveniente ou intercorrente.....	69
2.4.1.3 Prescrição retroativa	70
2.4.1.4 Prescrição antecipada ou virtual	72

2.4.2 Prescrição da Pretensão Executória	73
2.4.3 Do prazo prescricional da prescrição da pretensão punitiva retroativa	74
2.5 PRESCRIÇÃO PENAL NA LEI Nº 12.234/2010	77
CAPÍTULO 3	82
DA SUBSTANCIAL INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA À LUZ DO GARANTISMO PENAL...	82
3.1 QUANDO A INEFICIÊNCIA DO <i>JUS PUNIENDI</i> SE TRANSFORMA EM COMBATE À IMPUNIDADE: ANÁLISE CRÍTICA DA LEI Nº. 12.234/2010	82
3.2 ANÁLISE DAS RESTRIÇÕES À GARANTIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DETERMINADA PELA LEI 12.234/2010	85
3.3 DEBATE PROVOCADO PELO SURGIMENTO DA NORMA.....	89
3.4 ANÁLISE CRÍTICA DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA, A PARTIR DO GARANTISMO PENAL.....	91
3.4.1 Direito e garantia. Garantia é feita para que os direitos sejam protegidos	92
3.4.2 Análise da inconstitucionalidade da restrição, à luz da teoria garantista	95
3.4.2.1 Proibição de ofensa ao princípio da legalidade (<i>Nullum crimen sine lege</i> “válida”).....	97
3.4.2.2 Proibição de restrição irrazoável (<i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i>)	99
3.4.2.3 Ofensa à razoável duração do processo (<i>nulla culpa sine judicio</i>).....	102
3.4.2.4 Ofensa à paridade de armas e ao contraditório (<i>Nulla accusatio sine probatione</i> e <i>Nulla probatio sine defensione</i>).....	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	116

RESUMO

A teoria do garantismo penal defendida por Luigi Ferrajoli serve como uma excelente fonte teórica para o direito penal, em especial no Brasil, diante do sistema de garantias inaugurado pela nova ordem constitucional de 1988. Busca-se com o presente estudo uma análise crítica da Lei nº. 12.234/2010, sob a ótica da teoria do garantismo penal. A referida lei, além de ampliar o prazo prescricional para crimes com penas menores de 1 ano, também restringiu o âmbito de proteção da prescrição retroativa, quando determinou que a sua contagem deveria se iniciar com o oferecimento da denúncia (e não mais desde a suposta prática do fato delituoso). Ao proceder desta forma, a lei acabou por permitir ao Estado que investigue um delito por um prazo excessivamente longo, ampliando o poder punitivo estatal (ao invés de limitá-lo). A alteração promovida pela Lei nº. 12.234/2010 foi motivada e fundamentada pelo sentimento de impunidade que a prescrição penal pode ocasionar na população e reflete um avanço das teorias do direito penal máximo em detrimento da perspectiva garantista. A crítica da impossibilidade de aplicação da prescrição retroativa em data anterior ao oferecimento da denúncia foi fundamentada nos axiomas formulados por Luigi Ferrajoli, em especial, os “*Nullum crimen sine lege*”, e “*Nulla lex (poenalis) sine necessitate*”, “*Nulla culpa sine iudicio*”, “*Nulla accusatio sine probatione*” e “*Nulla probatio sine defensione*”. A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa voltada ao Constitucionalismo e a Produção do Direito. O método na fase de investigação foi o indutivo e as técnicas de investigação foram as do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Palavras-chave: Garantismo Penal; Prescrição; Prescrição retroativa; Lei nº. 12.234/2010

ABSTRACT

The theory of criminal guarantee proposed by Luigi Ferrajoli serves as an excellent theoretical source for criminal law, especially in Brazil, before the guarantee system inaugurated by the new constitutional order of 1988. This study gives a critical analysis of Law no. 12.234/2010 from the perspective of the theory of criminal guarantee. The law, besides extending the statute of limitations for crimes with sentences of less than 1 year, also restricted the scope of protection of retroactive prescription when it is determined that the period should be counted from the date on which the complaint is filed (and not the supposed practice of the criminal fact). Thus, the law ended up allowing the State to investigate an offense for an excessively long period, expanding the state's punitive power (rather than limiting it). The amendment introduced by Law no. 12.234/2010 was motivated and justified by the feeling of impunity that the prescription could lead to in the criminal population, and reflects an advancement of the theories of maximum criminal law, to the detriment of the guarantist perspective. The critique of the impossibility of applying the retroactive prescription prior to the date of the complaint was based on the axioms formulated by Luigi Ferrajoli, in particular, *Nullum crimen sine lege*, and *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* and *Nulla culpa sine iudicio*, *Nulla accusatio sine probatione* and *Nulla probatio sine defensione*, as well as on the theoretical foundation of guarantee theory. This thesis is part of the line of research Constitutionalism and the Production of Law. The method used in the research is inductive, and the research techniques used are referent, category, operational concepts, a literature review, and book reports.

Keywords: Criminal guarantee; Prescription, Prescription retroactive; Law 12.234/2010.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali – Universidade do Vale do Itajaí.

O objetivo científico é analisar a Lei nº. 12.234/2010, que alterou substancialmente a prescrição penal no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, a impossibilidade de reconhecimento da prescrição penal na sua forma retroativa em data anterior ao oferecimento da denúncia, sob a ótica da teoria do garantismo penal, elaborada por Luigi Ferrajoli.

É cediço que a Teoria do Garantismo é utilizada por muitos autores (nacionais e estrangeiros) como norte por meio do qual o Direito deve ser constantemente reconstruído sob uma perspectiva Constitucional de forma que as garantias fundamentais do indivíduo possam ser constantemente (re)afirmadas frente ao poder punitivo do Estado.

Ao assumir esta perspectiva os autores defendem a necessidade de constante revisão das políticas criminais em curso no país, tendo em conta a máxima efetividade do Direito.

Com a entrada em vigor da Lei nº. 12.234, de 05 de maio de 2010, o Código Penal limitou a aplicação da chamada prescrição retroativa, impedindo que o início do cômputo desta espécie de prescrição penal se dê em momento anterior ao oferecimento da denúncia.

A prescrição penal retroativa é calculada com base na pena aplicada pelo poder Judiciário (pena *in concreto*) e tem por base os prazos estipulados no artigo 109⁴ do Código Penal, em conformidade com o artigo 110⁵ do mesmo Diploma.

⁴ Artigo 109 do Código Penal - Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

Em que pese a figura da prescrição penal não ter sido expressa e diretamente tratada como uma das garantias enunciadas pelo rol dos direitos fundamentais na Constituição Federal, é possível postular que a mesma se reveste de natureza substancialmente constitucional, em especial, conquanto os incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Carta Magna dispõem que somente dois tipos penais seriam imprescritíveis. Se a imprescritibilidade é exceção constitucional, tem-se que a regra geral seja a de que a prescrição há de ser reconhecida em todas as demais situações. Portanto, a contrário sensu, todos os demais ilícitos penais em vigor no Brasil seriam prescritíveis, daí a se atribuir o status de garantia constitucional à prescrição penal.

A pesquisa tem por base os seguintes problemas:

- a) As alterações trazidas pela Lei nº. 12.234/2010 estariam ferindo os preceitos do garantismo penal?
- b) A redução da prescrição retroativa possuiria legalidade frente ao ordenamento jurídico brasileiro?
- c) A Lei nº. 12.234/2010, ao revogar parte da prescrição retroativa estaria reduzindo direitos fundamentais do cidadão?

Estes problemas deram margem para as seguintes hipóteses:

- a) As alterações trazidas pela Lei nº. 12.234/2010 ferem os preceitos do garantismo penal, pois atenta contra os axiomas propostos por Ferrajoli.

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano

⁵ Artigo 110 do Código Penal - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

b) A redução da prescrição retroativa não respeita o princípio da legalidade em sentido estrito bem como ao princípio da necessidade do direito penal, reduzindo ainda o direito de defesa de um investigado.

c) A Lei nº. 12.234/2010, ao revogar parte da prescrição retroativa está reduzindo direitos fundamentais do cidadão, visto que aumenta o poder punitivo estatal em detrimento dos direitos e garantias do cidadão.

Para estabelecer elementos visando a demonstração da hipóteses o trabalho foi dividido em três capítulos. No Capítulo 1, com a análise da teoria do garantismo apresentada por Luigi Ferrajoli, verificando o conceito de garantismo penal, assim como, analisando os axiomas que fundamentam a teoria garantista, e ainda confirmar se o Estado de Direito brasileiro pode ser tido como garantista.

O Capítulo 2 trata do instituto da prescrição na esfera penal, onde se apresenta as suas espécies, bem como as teorias que fundamentam a existência da prescrição penal como forma de limitar o poder punitivo estatal. Analisa-se a prescrição como uma garantia constitucional e ainda verifica-se o trâmite legislativo da Lei nº 12.234/2010.

O Capítulo 3 dedica-se a confrontar a redução da aplicação da prescrição retroativa frente aos axiomas propostos por Luigi Ferrajoli, em especial aos axiomas *Nullum crimen sine lege*, *Nulla lex(poenalis) sine necessitate*, *Nulla culpa sine iudicio*, *Nulla accusatio sine probatione* e *Nulla probatio sine defensione* e consequências jurídicas frente à teoria garantista.

As Considerações Finais, ao final do trabalho traz sintetizadas as contribuições sobre o estudo realizado em relação à substancial incompatibilidade da Lei nº. 12.234, de 05 de maio de 2010, com as premissas da teoria do garantismo penal.

O Método⁶ utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo⁷, na fase de Tratamento dos Dados foi o Cartesiano⁸ e no Relatório da pesquisa também se utilizou o Método Indutivo.

As Técnicas⁹ de investigação utilizadas foram as do Referente¹⁰, da Categoria¹¹ e do Conceito Operacional¹², bem como da Pesquisa Bibliográfica.

Nesta Dissertação, as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em rol específico. Os conceitos das categorias secundárias são apresentadas no texto ou em rodapé quando mencionados pela primeira vez.

⁶ “É a base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica, ou seja, Método é a forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 85.

⁷ “Pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

⁸ “[...] estabelecido por René DESCARTES, resumido em quatro preceitos assim por ele expressos: 1. “**...nunca aceitar por verdadeira, coisa nenhuma que não conhecesse como evidente**; ...2. “**dividir** cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas pudessem ser e fossem exigidas para melhor compreendê-las”; 3. “**...conduzir por ordem** os meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesma certa ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. 4 “**...fazer sempre enumerações tão completas e revisões tão gerais**, que ficasse certo de nada omitir”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 88.

⁹ “Instrumento posto a serviço da Pesquisa Científica para auxiliar o Pesquisador na utilização do(s) Método(s).” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 89.

¹⁰ “[...] a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 54.

¹¹ “[...] a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25.

¹² “Conceito Operacional (=COP) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 50.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTOS DO GARANTISMO PENAL E A SUA INCORPORAÇÃO COMO PARÂMETRO DE VALIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

1.1 CONCEITUANDO A TEORIA DO GARANTISMO PENAL

O garantismo penal não detém um conceito simples, mas pode-se dizer que se trata de uma concepção teórica complexa e portanto não pode ser resumida em um conceito, e isso adotando somente o significado da teoria do garantismo penal, defendida por Luigi Ferrajoli, notadamente como herança do iluminismo e baluarte da proteção das garantias do cidadão, em especial a liberdade.¹³

Antes de tratar do que vem a ser garantismo penal, deve-se analisar o conceito de garantia proposto por Ferrajoli: “Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”¹⁴.

Ao ampliar o conceito de garantia, pode-se falar em garantismo como o arcabouço das técnicas de tutela dos direitos fundamentais.¹⁵

Esta ampliación del significado de garantías se ha producido en el derecho penal. Más concretamente, la expresión garantismo, en su sentido estricto de garantismo penal, surgió, en la cultura jurídica italiana de izquierda en la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales.¹⁶

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **O garantismo e a esquerda**. In: VIANA, Túlio. MACHADO, Felipe (Coord.). **Garantismo penal do Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 15

¹⁴ Tradução: Garantia é uma expressão jurídica, que designa qualquer técnica de tutela de um direito subjetivo. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008. p. 60

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 61

¹⁶ Tradução: Essa ampliação do termo “garantias” foi aplicada, principalmente no campo do direito penal, que surgiu na cultura jurídica italiana de esquerda na segunda metade dos anos setenta,

A tarefa poderia ser fácil, principalmente frente à leitura do livro intitulado *Direito e Razão*, onde Ferrajoli apresenta e explica sua teoria. Contudo, na falta de um conceito de Garantismo Penal, traz três perspectivas distintas, por isso diz que se trata de uma concepção complexa.

De acordo com a primeira perspectiva:

Garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.¹⁷

Assim, o Garantismo Penal representa uma forma de aumentar o grau de segurança dos cidadãos, que em um Estado Democrático de Direito, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos.

Ao se analisar a segunda perspectiva, percebe-se que sua construção decorre do enfoque da teoria do direito e crítica ao direito.

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.¹⁸

Tal perspectiva deriva de uma visão crítica do ordenamento que, na teoria, poderá ter conotação garantista, mas que na prática poderia adotar postura diversa.

como resposta teórica a legislação de emergência. Ou seja, o seu pensamento é fundado no sentimento do direito penal liberal. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 61

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 785-786.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 786.

Em confirmação da análise da segunda perspectiva de garantismo proposto por Ferrajoli, em que pese ser possível afirmar que o garantismo detém contornos próprios, é inerente a sua aproximação com o positivismo jurídico. A diferença entre normas “válidas”, “vigentes” e “eficazes”, é denominada pelo próprio Ferrajoli como “juspositivismo dogmático”.¹⁹

A terceira perspectiva de garantismo penal, de acordo com Ferrajoli, representa o fundamento teórico a partir do qual se funda a filosofia do direito e a crítica política por ele proposta. Nas palavras do autor:

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.²⁰

Diferentemente das perspectivas antes abordadas, a terceira e última não traz uma visão interna à teoria, mas sim, obrigatoriamente externa. Continua a teoria em seu tom crítico, contudo sob outra ótica.

Essa crítica externa, ou seja, não analisada sob o ponto de vista normativo ou do conflito entre normas, apresenta-se como uma crítica filosófica laica pautada na finalidade da teoria garantista, de proteção das garantias fundamentais em detrimento do poder punitivo do Estado.

Uma vez apresentadas as perspectivas acima, viabiliza-se a composição de uma quarta análise a respeito do garantismo penal, visto agora como uma teoria de política criminal que preconiza a mínima intervenção do Estado no sistema normativo punitivo. Pautada na validade da norma e na sua efetividade – de forma distinta e também, entre si –, que atua como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma penal, qual seja, regular a vida em sociedade através da tutela de bens jurídicos.

¹⁹ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. p. 103.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 787.

Serve então a teoria do garantismo penal como um freio ideológico para a intervenção indiscriminada do Estado na liberdade do cidadão, poder este que deve ser utilizado o seu poder punitivo como *ultima ratio*.

Uma dessas limitações que sofre o poder punitivo estatal está na forma como o Direito é corporificado no sistema normativo. É sabido que o Direito é constituído a partir do conjunto de normas válidas e vigentes em determinada comunidade política.

Ferrajoli²¹ ressalta que o garantismo, em que pese tenha uma conotação penal, pode ser aplicado em outras áreas do Direito, não ficando restrito a esse campo de atuação.

Por conseguinte, o garantismo também pode ser aplicado no direito privado, no direito público, produzindo assim, várias espécies de garantismos: garantismo patrimonial; garantismo liberal, garantismo social, garantismo internacional.²²

Pode-se afirmar que a teoria do garantismo penal, tem como função exercer uma grande influência na limitação do poder punitivo estatal, e, em contra partida, aumentar os direitos do cidadão, agindo assim como uma teoria garantidora dos direitos fundamentais do cidadão.

1.2 PRINCÍPIO E MODELOS DE DIREITO PENAL

Uma vez verificado que o garantismo penal representa uma concepção teórica de proteção de direitos, em um Estado Democrático de Direito, a sua formalização e utilização está fundamentada em princípios. Ferrajoli esclarece que esses princípios estão representados por onze termos: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa²³.

Ferrajoli adota um conceito operacional para responsabilidade penal: “Se definirmos a responsabilidade penal como o conjunto das condições

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal, p. 789

²² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**, p. 62.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal, p. 89.

normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida à pena – cada um deles designa, ademais, uma condição de responsabilidade penal”.²⁴

Somente haverá responsabilidade penal quando o Direito for aplicado de uma forma garantista, de modo a dar efetividade aos princípios, também chamados axiomas garantistas, sob pena de cometer-se arbitrariedades, como se verá abaixo.

Para a teoria do garantismo penal, dependendo da existência de limitação do poder estatal, pode-se falar da existência de diversos modelos de direito penal. De um lado, quanto maior a aplicação da teoria garantista, ter-se-á um direito penal de intervenção estatal mínima. Por outro, quanto menor a aplicação da teoria do garantismo, maior a intervenção do direito penal na sociedade.

Em que pese tratar-se neste momento de dois extremos, dois tipos de direito penal, há que se notar a ausência de marcos de fronteira entre aquilo que se convencionou chamar de direito penal mínimo e direito penal máximo. Pode-se assim delimitar:

Denomino a estes dois extremos “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas.²⁵

Ainda na tentativa de anexar um conceito operacional do que vem a ser direito penal mínimo, o mesmo pode ser resumido na aplicação do direito penal sobre as características do garantismo penal, condicionando e limitando ao máximo o poder punitivo estatal. Neste sentido, ressaltando o grau de proteção do bem liberdade, a questão pode ser tratada nos seguintes termos:

Haja vista que o Direito Penal lida com o bem jurídico liberdade, um dos mais importantes dentre todos, nada mais lógico do que esse ramo do Direito obrigar-se a dispor das máximas garantistas individuais. E mais, conhecendo nosso sistema carcerário, fica claro que só formalmente a atuação do Direito Penal restringe-se à privação da liberdade. Na prática, a sua ação vai mais além, afetando, muitíssimas vezes, outros bens jurídicos de extrema importância, como a vida, a integridade física e a liberdade sexual,

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal, p. 90.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 101.

verbi gratia; uma vez que no atual sistema prisional são freqüentes as ocorrências de homicídios, atentados violentos ao pudor, agressões e diversos outros crimes entre os que ali convivem.²⁶

Pode-se sustentar a existência do direito penal mínimo, sempre pautada a sua aplicação em princípios existentes no ordenamento pátrio.

Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsiste incerteza quanto aos pressupostos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do *in dubio pro reu*, a absolvição em caso de incerteza da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica.²⁷

É possível afirmar que, em certa medida, elementos dessa concepção de direito penal mínimo, com fundamentação garantista, são aplicados, ainda que de forma cautelosa, mas digna de nota, pelo Poder Judiciário brasileiro, inclusive pelos Tribunais Superiores.

Pode-se afirmar que em vários momentos há uma influência do direito penal máximo junto à elaboração de leis promulgadas sob a influência midiática da prática de crime bárbaro, ou até mesmo em decisões judiciais que sejam proferidas em meio a um acompanhamento incisivo dos meios de comunicação.

Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela *incerteza* e *imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente, em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a

²⁶ CALLEGARI, André Luiz. **O princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal**. IBCrim, nº 70, 1998, p. 478. In DUARTE NETO, Júlio Gomes. **O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6154 Acesso em 15/02/2014. p. 1

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. p. 102.

máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade.²⁸

Tanto o direito penal máximo quanto o mínimo estão baseados em uma certeza relativa. A certeza de que nenhum culpado ficará impune fundamenta o direito penal máximo, assim como há a certeza de que nenhum inocente será punido frente à aplicação do direito penal caracteriza o direito penal mínimo.²⁹

Verifica-se, assim, que a teoria do garantismo penal tem como fundamento: a aplicação de uma sanção penal somente deva ocorrer diante da certeza sobre a existência de provas de autoria e materialidade; certezas processuais estas que foram produzidas em respeito às garantias fundamentais, e que não utilizam o direito penal como o principal meio de regular a vida em sociedade.

1.3 OS DEZ AXIOMAS GARANTISTAS

Quando de sua elaboração, Ferrajoli compilou dez princípios que são assumidos como fundamentos e base para a construção argumentativa de seu modelo.

O termo axioma é adotado aqui a partir de uma dupla perspectiva, a de um princípio evidente que não precisa ser demonstrado, assim como de uma norma admitida como princípio³⁰.

Denomino garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latinas:

A1 Nulla poena sine crimine

A2 Nullum crimen sine lege

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 102.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 103.

³⁰ Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=axioma>. Acesso 28.01.2012.

A3 Nulla lex(poenalis) sine necessitate

A4 Nulla necessitas sine injuria

A5 Nulla injuria sine actione

A6 Nulla actio sine culpa

A7 Nulla culpa sine iudicio

A8 Nullum iudicium sine accusatione

A9 Nulla accusatio sine probatione

A10 Nulla probatio sine defensione³¹

Com esses axiomas estão expressas na teoria do garantismo penal as bases que a sustentam. Estes princípios poderiam ser classificados de várias formas, tais como princípios relacionados com a pena, relacionados com o crime, com o processo. Contudo, neste momento, optou-se por classificá-los tão somente em dois grupos, primeiro referindo-se ao direito penal e o segundo ao direito processual penal.

Os axiomas A1 até o A6 estão relacionados ao direito penal material, traduzidos nas seguintes máximas: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.³²

Já os demais axiomas são direcionados à matéria do direito processual penal, visto que aplicados em outra fase do *ius puniendi* estatal, senão vejamos: 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 91.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 91.

A sua estruturação e formulação pode ser consolidada nos seguintes termos:

Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal. Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”. Já foram posteriormente incorporados, mais ou menos íntegra e rigorosamente, às constituições e codificações dos ordenamentos jurídicos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de direito.³³

Como narrado acima, Ferrajoli sustenta que esses axiomas já foram incorporados aos sistemas jurídicos mais desenvolvidos, e, uma vez que se pode afirmar que vários axiomas já foram legalizados no sistema jurídico brasileiro, como se verá abaixo, não se pode retroceder, em especial nas garantias do cidadão.

1.3.1 Nulla poena sine crimine (A1)

O primeiro axioma pode ser traduzido como não há pena sem crime, perfazendo assim o princípio da retributividade.

Não se trata aqui, o princípio da retributividade da pena, do ponto de vista da sua finalidade, onde a pena de um delito é a resposta estatal a um mal causado pelo autor de uma infração penal.

Através do princípio da retributividade, busca-se a aplicação do direito penal somente quando algum responsável praticar uma conduta (ação ou omissão) contrária ao ordenamento jurídico.

O problema do quando (ou do que) punir é aparentemente o mais simples de todos os problemas de legitimação do direito penal. A resposta que geralmente é dada a esta pergunta por parte do pensamento jurídico-filosófico está expressa na máxima *nulla poena sine crime*, que constitui o axioma A1 do nosso sistema SG.³⁴

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 91.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 338

O delito seria uma condição necessária para a imposição do direito penal. Trata do princípio da retribuição ou do caráter de consequência do delito que a pena tem; a primeira garantia do direito penal.³⁵

Finaliza Ferrajoli, quanto à função e necessidade de respeito ao primeiro axioma do Sistema de Garantias (SG):

O ilícito, de acordo com a estrutura lógica das garantias, é uma condição normativa somente necessária e mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito.³⁶

O primeiro axioma garantista parte do pressuposto de que alguém somente poderá sofrer uma punição caso pratique uma conduta criminosa. Impossível aplicar o Direito Penal sem que haja a ofensa a um tipo penal, ressaltando ainda que a ofensa a letra da lei não é o único requisito a ser preenchido para a imposição de uma pena, necessário também o devido processo legal sempre respeitando os direitos fundamentais do cidadão acusado.

1.3.2 Nullum crimen sine lege (A2)

O segundo axioma do sistema de garantias proposto por Ferrajoli, trata do princípio da legalidade.

Não há consenso a respeito da origem do princípio da legalidade, mas há duas teorias que se destacam dentre várias suposições de como e onde surgiram.

O surgimento das *quaestiones perpetuae*, instituídas no tempo de Silla, e a vigência da *ordo judiciorum publicorum*, a analogia foi vedada e os magistrados foram obrigados a observar a previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas quanto aos *crimina publica* em face das denominadas *lege Corneliae* e *Juliae*.³⁷

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 339

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 339

³⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. p. 35-36 in LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: A imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95.

Em posicionamento diverso, há o entendimento que o princípio da legalidade teve sua origem na Inglaterra, quando da alteração do Estado absolutista para o Estado de Direito, e, em 1215, foi formalizado o artigo 39 da *Charta Libertatum*, imposta ao Rei João Sem Terra pelos barões ingleses em busca de uma segurança jurídica.³⁸

A falta de uma precisão da origem do princípio da legalidade não diminui a sua importância e necessidade de utilização como fundamento para os ordenamentos penais.

O princípio da legalidade está inserido no sistema penal brasileiro, no Código Penal, logo em seu artigo inaugural (Artigo 1º do Código Penal), bem como junto à Constituição Federal, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXIX:

“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”³⁹. É a redação do princípio da legalidade nos dois diplomas acima referidos, sendo tratado pela Constituição Federal como um direito fundamental, e protegido como cláusula pétrea.

A teoria do garantismo penal condiciona o princípio da legalidade, como sendo um dos seus 10 axiomas – *nullum crimen sine lege* – constituindo assim, um modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal.”⁴⁰

Para fins de estudo do princípio da legalidade, pode-se dividir sob duas óticas, quais sejam: princípio da legalidade ampla e princípio da legalidade estrita.

³⁸ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: A imposição dos princípios constitucionais penais. p. 95 e 96.

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 91.

O princípio da legalidade ampla, “como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal.”⁴¹

Princípio de estrita legalidade como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados “verdadeiros” dos fatos processualmente comprovados.⁴²

Verifica-se aqui, uma clara distinção da divisão do princípio da legalidade. A primeira é dirigida ao juiz, ao aplicador da lei, já, a segunda é destinada ao legislador que deve pautar o seu poder legiferante sob a ótica garantista.

Pode-se ainda diferenciar os princípios da legalidade ampla e estrita, sendo o primeiro como uma forma de enunciar as condições de existência e vigência da lei penal, figurando assim, como um princípio geral de direito público. Já a legalidade estrita, como uma condição de validade da lei, a taxatividade dos conteúdos e aplicação.

Com tal concepção podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido. [...]

O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas.⁴³

Ainda assim, o princípio da legalidade traz uma garantia estrutural das leis penais, “sendo o que diferencia o direito penal no Estado ‘de direito’ do direito penal dos Estados simplesmente ‘legais’, nos quais o legislador é

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 348.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 348.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 40.

onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei.”⁴⁴

Com efeito, no Estado de direito o princípio da sujeição não só formal como também material da lei (ordinária) à lei (constitucional) possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formulamos o princípio da mera e o da estrita legalidade.⁴⁵

Ferrajoli relaciona ao princípio da legalidade, duas garantias mais específicas, que se referem à legalidade ampla ou estrita; objetivando a busca do que ele chama de “certeza do direito penal mínimo”.⁴⁶

O primeiro deles é a garantia da irretroatividade das leis penais, relacionado aqui com a ampla legalidade. Ou seja, a lei penal deve ser aplicada para o futuro, não podendo reger condutas humanas criminosas em data anterior a sua vigência e validade, sendo um corolário da mera legalidade – *nullum crimen sine praevia lege poenali*.

Está claro que a “lei prévia” exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. Os mesmos motivos pelos quais esta deva ser irretroativa não se consideram mais necessários – determina que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultra-ativa em relação a mais desfavorável, se é mais antiga que esta, e retroativa, se é mais nova.⁴⁷

A outra garantia derivada do princípio da legalidade é a proibição da utilização da analogia em norma penal.

A proibição da analogia, ao contrário, é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é óbvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de formas elásticas ou carentes de denotação determinada permita a chamada “analogia antecipada”.⁴⁸

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 349.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 350.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 351.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 351.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 351.

Contudo, a aplicação da analogia não fere o princípio de estrita legalidade, caso a analogia não traga qualquer prejuízo ao acusado em um processo criminal. Se porventura a analogia ocorrer em benefício do suposto criminoso – analogia *in bonam partem* – não há qualquer prejuízo ao princípio em comento a sua aplicação.

Pode-se sintetizar que a utilização da analogia, em regra é inadmissível frente ao princípio de estrita legalidade, contudo comporta exceção caso a analogia venha em benefício do acusado, havendo uma permissão garantista.

Ferrajoli ainda apresenta que o axioma da legalidade determina que além de uma norma penal dotar necessariamente de uma vigência, pois editada através do devido processo legislativo constitucional, também é imperioso que essa lei revista-se do atributo de válida.

Pode-se entender como uma lei válida aquela que está em plena consonância com o ordenamento jurídico, em especial com os direitos fundamentais do cidadão.

Uma lei que de qualquer forma, ainda que vigente, seja considerada não-válida pela teoria do garantismo deveria ser extraída do ordenamento tendo em vista a ocorrência de inconstitucionalidade material. Neste norte Ferrajoli apresenta esse axioma como *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*.⁴⁹

Verifica-se assim que nenhuma lei pode atentar contra os direitos fundamentais, sendo esta a base da teoria garantista.

1.3.3 Nulla Lex (poenalis) sine necessitate (A3)

É cediço que o Direito detém a função social de regular a vida em sociedade. É através da lei que a sociedade pauta a sua regularidade.

O Direito Penal, como um dos meios de tutela do Estado, também deve cumprir a sua parte do trabalho, contudo o axioma garantista,

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 350.

intitulado por Ferrajoli como A3 *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*⁵⁰ traduz o princípio da necessidade do direito penal, bem como o da economia do direito penal. Há ainda, doutrina que apresenta esse axioma como a nomenclatura de princípio da intervenção mínima ou fragmentariedade.⁵¹

A necessidade de utilização do direito penal, não como a primeira forma de atuação estatal na solução dos problemas, mas sim através de uma intervenção mínima, tem uma forte influência iluminista, sendo que o objetivo principal é servir como uma limitação teórica para reduzir a proliferação de legislação em matéria penal.⁵²

O princípio da intervenção mínima, também conhecido com *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada foram suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas, e não penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.⁵³

É o papel do direito a regulamentação da vida em sociedade, e o direito penal, de todos os outros ramos do direito, é o mais gravoso, pois impõe uma pena que pode restringir a liberdade das pessoas, e é nessa baila que o mesmo deve ser utilizado com cautela, pautado no axioma garantista A3.

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadão e minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua “absoluta necessidade” são, por sua vez, as proibições *mínimas necessárias*, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 91

⁵¹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: A imposição dos princípios constitucionais penais. p. 69

⁵² LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: A imposição dos princípios constitucionais penais. p. 69

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

comportam, suporiam uma maior violência e mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.⁵⁴

Tendo em vista a função do direito, e em especial, a do direito penal, salienta Bittencourt⁵⁵, que o direito penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens relevantes.

Pode-se ainda ressaltar que esse axioma determina que o Direito Penal não deve ser utilizado sem que haja uma necessidade premente. Deve assim as leis penais dotar de uma racionalidade.

A lei penal não deve servir a qualquer propósito, mas sim somente quando for para tutelar um bem jurídico de extrema necessidade, e além disso, somente quando os demais ramos do Direito se apresentarem insuficientes.

Neste ponto deve-se rechaçar a utilização do Direito Penal, como claros contornos eleitoreiros, e sem qualquer objetivo prático e eficaz na proteção dos direitos do cidadão⁵⁶.

A elaboração de uma legislação penal que não seja fundamentada em uma necessidade premente (ou ainda uma falsa necessidade), e de relevância social também pode ser considerada inválida sob a ótica da teoria garantista.

1.3.4 Nulla necessitas sine injuria (A4)

Neste axioma, busca-se a utilização do direito penal somente em ações que resultem alguma lesão a um bem jurídico protegido pela norma penal.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 427

⁵⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral**. p. 54

⁵⁶ Entendemos por eficientismo penal a utilização do Direito Penal como uma forma de demonstrar à sociedade a atuação estatal na tutela de bens jurídicos, seja aumentando as penas ou ainda criando tipos penais. *Verbi gracia*: É comum em nosso país, logo após a prática de um crime de repercussão nacional, que seja levantada uma bandeira de punição mais severa, ou quando lei inexistente, que seja editada uma lei “salvadora”. ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. **Garantismo e Eficientismo Penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b23975176653284f>. Acesso em 07 de outubro de 2014 p. 28

Trata-se do postulado que sustenta que a criminalização de uma conduta só se justifica caso esta venha a gerar uma lesão ou, no mínimo, um perigo concreto e real a um determinado bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

O ditame impõe ao legislador ordinário a abstenção de criminalizar condutas que não venham a gerar ao menos um risco ao bem jurídico protegido.⁵⁷

Este axioma não é dirigido a um único destinatário. Primeiramente é destinado ao poder legiferante, que lhe impõe o dever de que, quando da elaboração de uma norma penal, ocupe-se em identificar o bem jurídico por si tutelável, e, mais ainda, que esse bem jurídico seja socialmente relevante e que a conduta a ser reprimida seja-lhe particularmente ofensiva. O outro destinatário deste axioma é o intérprete legal, já que ele se constitui como vetor interpretativo em cada caso concreto, de forma que se dê especial atenção ao grau de lesividade ao bem jurídico protegido.⁵⁸

Importante é que não se revela legítimo que o direito penal venha a tipificar uma conduta sem que esta tenha a finalidade de proteger um bem jurídico relevante à disciplina do direito repressivo. O direito penal deve ser utilizado como forma de proteção de direitos e não como meio de defesa.

A segunda aplicação do axioma é dirigida aos intérpretes e aplicadores da norma, uma vez que em vários momentos da vida prática, encontramos situações que são capazes de configurar uma proteção ao bem jurídico relevante, situações estas que, em determinados casos, sua incidência não estaria a salvaguardar qualquer lesão a bem jurídico, ou ainda que existente, esta se revelaria insignificante.

A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal liame axiológico externo. Palavras como “lesão”, “dano” e “bem jurídico” são claramente valorativas. Dizer que um determinado objeto ou interesse é um “bem jurídico” e que sua lesão é um “dano” é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um “bem penal” significa, ademais, manifestar um juízo de valor que

⁵⁷ FAVORETTO, Afonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012 p. 169

⁵⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral**. p. 61

avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena.⁵⁹

Ademais, o princípio da ofensividade fundamenta o chamado direito penal mínimo, pois este é aplicado atualmente, somente quando estritamente necessário, quando for o único meio indispensável para proteção de uma forma eficiente de um bem jurídico relevante protegido pela norma penal.⁶⁰

Para os que defendem o Direito Penal Máximo, o Direito Penal pode ser utilizado como uma forma de tutela dos bens jurídicos, ainda que desprovidos de especial relevância social. Contudo pela teoria proposta por Ferrajoli tal situação só pode ser tida como incoerente com o sistema Penal. Em Estados ditos garantistas, tal desrespeito pode gerar uma incongruência do sistema normativo.

1.3.5 Nulla injuria sine actione (A5)

O axioma A5 do sistema garantista também é conhecido como princípio da materialidade da ação. Em apertada síntese, somente haverá delito, se houver uma conduta (através de uma ação ou omissão penalmente relevante) praticada contra um bem juridicamente protegido.

Devemos notar que relatamos acima a necessidade de uma conduta, podendo ser uma conduta comissiva, ou até mesmo omissiva – no caso da conduta omissiva é necessário dever legal de evitar um resultado.

De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos de pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimos interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passivas de serem descritas enquanto tais, pela lei penal.⁶¹

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 428

⁶⁰ FAVORETTO, Afonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais**. p. 170

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 440

É através desse princípio que, havendo uma autolesão, a punição é impossível, salvo se houver lesão a um bem jurídico protegido de terceiro.⁶²

Igualmente são impuníveis frente ao axioma A5 ora em estudo, os pensamentos e intenções criminosas, sendo necessária a exteriorização desse pensamento. Importante frisar que atos preparatórios também são considerados impuníveis, havendo exceção nesse caso, se a preparação, por si só, for tipificada pela norma, *v.g.* o porte de arma de fogo.⁶³

Este axioma também proíbe a criminalização de meros estados ou condições existenciais, *v.g.* homossexualismo, prostituição, havendo ainda posicionamento na doutrina que a contravenção penal prevista no artigo 59 do Decreto Lei nº 3688/41, não foi recepcionada pela Constituição Federal. O direito penal deve ser aplicado frente a condutas.⁶⁴

Ferrajoli apresenta um argumento utilitarista que fundamenta este axioma. A proibição de um ato interno é inútil, não pelo simples fato de que ninguém foi lesado, mas principalmente porque a punição não serviria para impedir esses mesmos atos.⁶⁵

1.3.6 Nulla actio sine culpa (A6)

O axioma previsto *Nulla actio sine culpa* leva-nos ao estudo da responsabilidade penal subjetiva, que é adotada pelo direito penal brasileiro, consistente em só punir condutas praticadas a título de dolo ou culpa.⁶⁶

Ferrajoli fundamenta esse axioma, elevando-o a uma condição, que adota como sendo o elemento subjetivo do delito, ou ainda, o caráter psicológico deste.⁶⁷

⁶² LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional:** A imposição dos princípios constitucionais penais. p. 85

⁶³ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional:** A imposição dos princípios constitucionais penais. p. 85

⁶⁴ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional:** A imposição dos princípios constitucionais penais. p. 86

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. p. 441

⁶⁶ FAVORETTO, Afonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais.** p. 151

Nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.⁶⁸

Só haverá a possibilidade de punição, ou melhor, de responsabilização na esfera penal se a conduta tiver como elemento subjetivo o dolo ou a culpa. Contudo, importante frisar que no Brasil, a tipificação penal da conduta dolosa é a regra, contudo a culposa é excepcional, conforme prevê o artigo 18 do Código Penal⁶⁹, só havendo responsabilização quando expressamente prevista na norma jurídica. Observa-se que avesso ao presente axioma, está a responsabilidade penal objetiva, não havendo correspondência dessa hipótese no sistema penal brasileiro.

1.3.7 Nulla culpa sine iudicio (A7)

Nessa parte dos axiomas garantistas, Ferrajoli apresenta mais 4 princípios, contudo, agora mais voltados à parte procedimental da persecução penal.

O primeiro axioma é apresentado como (A7), que perfaz o princípio da submissão à jurisdição, previsto pelo brocardo jurídico *Nulla culpa sine iudicio*, não há culpa sem processo.

Contudo, importante ressaltar que o princípio da jurisdicionalidade não se perfaz somente em aplicar um juiz para cada causa, muito mais, é garantir que esse juiz possa exercer a sua função com independência, e principalmente com imparcialidade.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 447

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 447

⁶⁹ Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposos II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado, por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

O juiz assume aqui uma posição no Estado Democrático de Direito, prevista na Constituição, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.⁷⁰

Com base nesse axioma, prevalece a busca da verdade relativa possível, para a punição dos culpados, bem como, detém o condão de garantir imunidade aos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva, aplicando e fazendo cumprir as regras do jogo para todos.⁷¹

O princípio da submissão à jurisdição impede que haja juízos privados, bem como serve como garantia aplicável aos cidadãos, de que um procedimento penal respeite todos os direitos do cidadão, e, nas palavras de Ferrajoli⁷², serve ainda como uma técnica de minimização da violência e do arbítrio na resposta ao delito.

O axioma A7 também garante que todo e qualquer cidadão, uma vez acusado ou investigado por um ato ilícito, possa se socorrer ao Judiciário, onde deve imperar o procedimento acusatório, e serem respeitados todos os direitos fundamentais.

Veda-se assim a submissão de qualquer investigado a uma morosa e infundável inquisição somente pela via administrativa, devendo ser estabelecido um tempo máximo e razoável para que o caso seja judicializado.

Em especial no Brasil, podemos ressaltar que durante a fase do inquérito policial, a ampla defesa e o contraditório sofrem gravíssimos prejuízos, pois pela própria legislação específica não necessitam de absoluto respeito. Contudo durante a fase judicializada da persecução penal, sob pena de nulidade absoluta do processo, a ampla defesa e o contraditório se fazem presentes.

⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9.ed. São Paulo. Saraiva, 2012 p. 175.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 503

⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 503

1.3.8 Nullum iudicium sine accusatione (A8)

Inconcebível, em um Estado Democrático de Direito, a existência de um sistema de persecução penal que não seja embasado no princípio acusatório.

Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o consequente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte – em posição e paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a consequente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado. Entendida nesse sentido, a garantia da apresentação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto dos ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo.⁷³

É flagrante a importância do presente axioma, principalmente se analisarmos que, pelo sistema inquisitivo, o próprio julgador faz o papel de acusação.

A necessidade de afastar a faculdade ao julgador de produzir a prova e de promover a acusação está diretamente associada ao princípio acusatório, pois quando o juiz atua de ofício, apresenta-se o sistema inquisitivo.

A gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificadamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade.⁷⁴

Para o sistema garantista, há a necessidade de separação entre acusação e julgador, figurando o magistrado como apreciador da prova, pois ao contrário, estaremos diante do sistema inquisitivo.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 522

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. p. 234

1.3.9 Nulla accusatio sine probatione (A9)

Para que haja um processo é necessário que a acusação esteja fundamentada em provas, pois ao contrário, em um procedimento de cunho garantista em que a acusação seja desacompanhada de qualquer conjunto probatório mínimo nem deve ser iniciado, pois a simples propositura de uma ação penal já traz reflexos na vida da pessoa.

Ferrajoli sustenta que a prova, sob o aspecto garantista tem que ser adequada ou convincente⁷⁵. De acordo com este axioma, deve vigorar como regra a presunção de inocência.

A presunção de inocência vigora até que a acusação, dentro de um sistema acusatório, apresente elementos coerentes e válidos a ensejar uma responsabilização.

O axioma A9 do sistema garantista exige que o ônus de prova recaia exclusivamente sobre a acusação, jamais podendo ser suportado pelo acusado. A este se lhe atribui o direito de que as provas sejam produzidas sob o manto do contraditório.⁷⁶

Conforme analisamos no axioma A7, a ampla defesa e o contraditório não vigoram em sua plenitude durante a fase inquisitiva, sendo que a produção de prova durante essa fase é quase que exclusivamente realizada pelo Estado (leia-se acusação). O que por si só já demonstra uma disparidade de armas.

Como se não bastasse um cidadão ser investigado por um tempo demasiado, este ainda fica refém das provas produzidas somente pela acusação nesta fase, cabendo-lhe apresentar a sua versão dos fatos quase que exclusivamente através de seu depoimento extrajudicial.

Podemos afirmar que o contraditório e a ampla defesa somente durante a fase judicial da persecução penal, gera indubitavelmente procedimentos equivocados, que na verdade servem a investigação e o processo moroso, como

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 562

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 562

uma forma de sancionar previamente o acusado sem o respeito aos direitos fundamentais.

1.3.10 Nulla probatio sine defensione (A10)

A defesa não tem espaço de atuação dentro de um sistema inquisitivo, contudo, junto ao sistema acusatório, frente à teoria garantista, o axioma acima deixa clara a exigência de defesa, servindo como um importante meio de controle da prova.

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.⁷⁷

Patente que o axioma preserva ao acusado em um procedimento penal, a assistência de um profissional, que exercerá a defesa técnica, o Advogado, para que haja aqui a paridade de armas, atuando contra a acusação do Ministério Público.

Em que pese ao final de um inquérito policial não haver nenhuma aplicação de sanção, motivo pelo qual o contraditório e a ampla defesa sofrem considerável mitigação nesta fase, a atuação de uma defesa durante a investigação e não somente durante o processo, colabora com o combate a impunidade.

Havendo uma atuação da defesa durante a fase inquisitiva, haveria a possibilidade do titular da ação penal requerer o arquivamento, inclusive pela atipicidade da conduta investigada, limitando assim a propositura de uma ação penal sem efetividade.

Importante função traz o presente princípio, no sentido de possibilitar ao acusado, bem como ao seu defensor, de acompanhar todos os procedimentos, auxiliando assim, no contraditório e na produção da prova.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 565

1.4 O ESTADO DE DIREITO GARANTISTA

1.4.1 Considerações iniciais

Como relatado acima, o sistema garantista só tem aplicabilidade em um Estado de direito, pois em um sistema absolutista as garantias são suprimidas frente ao totalitarismo.

Importante verificar no sistema garantista qual a estrutura normativa do Estado de direito, qual a forma com que o sistema normativo é corporificado⁷⁸.

Ferrajoli⁷⁹ sustenta que a novidade histórica do Estado de direito, quando em comparação com os demais ordenamentos do passado, é a legitimação da norma constitucional, como uma fonte de justificação do sistema normativo.

Para conceituar o Estado de direito, sob o aspecto da teoria do garantismo, é necessário analisarmos o que vem a ser validade, vigência, legitimidade e eficácia, e para isso adotaremos o conceito operacional abaixo:

- a) uma norma é “justa” quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo extrajurídico);
- b) uma norma é “vigente” quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;
- c) uma norma é “válida” quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;
- d) uma norma é “eficaz” quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).⁸⁰

O Estado de Direito não pode ser entendido como um simples Estado legal, ou ainda regulamentado através de leis, mas sim como um Estado legitimado pelas modernas Constituições:

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 326

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 326

⁸⁰ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. p. 101.

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.⁸¹

Ferrajoli apresenta essa distinção para explicar como está disciplinado o Estado de direito. Contudo, peço vênica no presente momento do estudo, para analisarmos o Estado de Direito brasileiro.

1.4.2 O Estado de Direito brasileiro seria garantista?

Para iniciar esta parte do estudo, a partir do momento que já foi conceituado o que vem a ser garantismo, importante se retratar o que significa, as categorias Estado e Direito.

Sobre a categoria Estado pode-se afirmar que é inerente da natureza humana a vida em sociedade. Desde os primórdios os seres humanos buscavam a proteção, o afeto e a própria subsistência, em ambientes coletivos, originando aí uma sociedade.

Como Estado pode-se entender que se trata de uma criação da própria sociedade, que busca através da unificação o desenvolvimento do homem, regulamentar a vida social buscando a proteção do interesse público.⁸²

A união das pessoas em sociedade na realidade é uma busca por segurança, seja essa pessoal, seja patrimonial inclusive. Todos nós sentimos mais protegidos quando estamos próximos de nossos pares.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 790

⁸² SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. O conceito de Estado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6742&revista_caderno=9> Acesso em 09 de agosto de 2014 p. 1

Contudo para a caracterização de um Estado chamado de moderno Streck e José Luis Bolzan de Moraes apresentam três distinções entre o Estado medieval e o Estado chamado moderno.

A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade. A segunda é a distinção entre o Estado e a sociedade civil, que vai evidenciar-se no séc. XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. O Estado medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo o que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o estado e o monarca, o qual representa a soberania estatal. Mais tarde, em fins de 1600, o rei francês afirmava “L’etat c’est moi”, no sentido de que ele detinha o poder absoluto, mas também de que ele se identificava completamente no Estado.⁸³

O Estado Moderno também é caracterizado por três elementos constitutivos, quais sejam o povo o território e a soberania.

Sobre os elementos constitutivos do Estado destaca-se o posicionamento de Clovis Bevilacqua que assim os apresenta:

a) O agrupamento humano, que é a mesma sociedade, o povo, ou a nação, segundo consideramos o agregado social como um sistema de forças, econômicas, intelectuais e Moraes, abstraindo do aparelho político-jurídico; o complexo de indivíduos entre si vinculados pela tradição, usos, costumes tendências, aspirações comuns; ou esse conjunto de indivíduos, constituindo uma unidade por suas condições históricas e por sua organização política.

A idéia de sociedade é sociológica; a de povo, etiológica; e a nação é histórico-política. Não aprofundarei essas distinções, acompanhando argutos pensadores alemães; mas devo afirmar que não são meramente escolásticas. Além de corresponderem a realidade, assinalando modalidades ou expressões da vida coletiva, fornecem luzes para verdadeira teoria do Estado.

b) O território, assento geográfico do Estado. Para o povo é a pátria, a terra dos antepassados, o ambiente, onde lhe decorreu a vida, sorriu no berço aos afagos maternos, lutou, sofreu, e sente que é uma parte da sua alma. Para nação, é a sua residência inviolável e sagrada, o teatro onde se fixou, cresceu, desenvolveu e a que se prende indissolivelmente.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2004.p. 24-25

c) O poder soberano é a força que, pelo direito e a política, equilibra, unifica, disciplina e dirige as outras forças sociais e os indivíduos. Propriedade fundamental do Estado, a soberania o distingue de outras corporações quaisquer.⁸⁴

Verifica-se assim que o Estado necessita de alguns elementos estruturais, sem os quais não teríamos uma sociedade. Necessariamente para a formação de um Estado Moderno haverá um povo organizado, dentro de um limite territorial próprio, onde exercerão a mais ampla soberania.

Outra categoria que se precisa conceituar é o que se pode entender como Direito.

É comum no Direito, haver para cada ponto estudado ou conceito apresentado, uma teoria, ou, no mínimo, um questionamento contrário. Neste ponto, o próprio conceito do Direito não é unívoco.

No estudo da categoria “direito” se vê que sua origem está num vocábulo do latim: *directum* ou *rectum*, que significa “reto” ou “aquilo que é conforme uma régua”.

O Direito detém a função primordial de regular a vida em sociedade, servindo com freio limitador de vontades, devendo agir, os governantes e os governados, nos estritos dizeres ou permissões da lei.

Ferrajoli afirma que o Direito está em crise e aponta três principais motivos. A crítica inicial é fundamentada na inexistência, ou ainda a ineficácia de controle de atos dos poderes públicos, o que é chamado pelo Autor de crise de legalidade. A segunda crítica esta pautada na inflação legislativa, onde o Direito acaba figurando como um jogo de poderes, servindo para legitimar interesses específicos. E por fim a terceira crítica, intitulada na crise do Estado Social, pois haveria um deslocamento da soberania, pois os interesses de integração mundial acabam por fragilizar o próprio direito.⁸⁵

⁸⁴ BEVILAQUA, Clovis. **Conceito de Estado**. Disponível em : <file:///C:/Documents%20and%20Settings/USUARIO/Meus%20documentos/Downloads/65257-86309-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2014 p. 8

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistema de garantias**. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89 -

Diante desses argumentos, pode-se conceituar a categoria Direito como o exercício da soberania de um Estado onde os interesses da coletividade são tutelados na busca do bem comum, servindo ainda para legitimar a atividade do Poder público.

Com as premissas acima pode-se afirmar que o Brasil é um Estado de Direito, pois detém todos os elementos estruturantes do Estado Moderno, e também tem as suas relações determinadas através do Direito.

Agora o Estado de Direito brasileiro é garantista?

Verifica-se acima, mais precisamente no tópico anterior que Ferrajoli apresenta dois elementos para afirmar a existência de um Estado de Direito, o primeiro como sendo através do princípio da legalidade e o outro como sendo o Estado como garantidor dos direitos fundamentais.

Pois bem, o primeiro elemento está devidamente cumprido pois o princípio da legalidade está previsto no artigo 1º do Código Penal⁸⁶, e para que não haja qualquer dúvida da sua existência em nosso ordenamento, ainda figura como um direito fundamental, neste sentido expresso no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal⁸⁷.

Imperioso ressaltar que o princípio da legalidade não serve somente ao direito penal, mas a todo o Direito, figura como um limitador ao poder estatal, deve sempre este ser subserviente ao império da legalidade.

A legalidade apontada por Ferrajoli, não significa unicamente que toda e qualquer limitação deve ser originário de uma lei (apontando aqui a chamada legalidade em sentido lato), ou seja, não basta que o Estado imponha algo através de uma lei que passe por todos os tramites previstos legalmente.

91

⁸⁶ Art. 1º do Código Penal - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

⁸⁷ Art. 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

Pelo contrário, é preciso mais. Essa lei também tem que ter a chamada legalidade em sentido estrito, ou seja, que essa norma esteja em amplo acordo com as demais normas e em especial com as de superior hierarquia, a partir do qual poderemos afirmar que essa lei terá legitimidade.⁸⁸

De outro norte, Ferrajoli ainda apresenta que há, para a caracterização de um Estado de Direito garantista, a proteção especial dos direitos fundamentais como um dever público.

Ferrajoli propõe uma definição formal do que vem a ser direitos fundamentais:

São “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (de não lesão) vinculada a um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto de sua idoneidade a ser titular de situações jurídica e/ou autor dos atos que estão em exercício.⁸⁹

No Brasil pode-se afirmar também que há a previsão legal de proteção aos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no título II da Constituição Federal, onde nos artigos 5º ao artigo 17 apresentam-se os direitos invioláveis dos indivíduos.

O próprio Ferrajoli reconhece que a Constituição brasileira tem especial importância no estudo de proteção aos direitos fundamentais, como bem observa:

De todas estas cartas, a Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 – composta por 250 artigos (muitos dos quais formados por inúmeros incisos e parágrafos) e por 97 normas transitórias, reformada em 1994 e, depois, alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 -, é indubitavelmente a mais avançada. As suas novidades são muitas e todas de grande relevância: um amplo catálogo de direitos sociais, entre os quais os direitos de última geração, como aquele “a um ambiente ecologicamente equilibrado”

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 791

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais e dos Bens Fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011 p. 9

(art. 225), e de direitos dos trabalhadores, inclusive contra a despedida “sem justa causa” e um direito a um “salário mínimo fixada em lei” (art. 7, I e IV); a rigidez absoluta de uma série de princípios declarados imodificáveis por nenhuma maioria, como a forma federativa do Estado, a separação dos poderes e os direitos fundamentais e as suas garantias (art. 60 §4º)...⁹⁰

Diante destes argumentos, é possível afirmar que o Estado de Direito brasileiro é garantista, seja pela sua estruturação normativa ser através de uma Constituição forte, e ainda garante de uma forma ampla a proteção aos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, seja ainda pela imposição legal expressa de que qualquer restrição a liberdade devem reverência sempre a lei.⁹¹

A partir da premissa proposta por Ferrajoli de que deve, e tem total consonância com o Estado de Direito, em especial o Brasil, fica ainda uma outra pergunta no ar: seria a Constituição brasileira uma Constituição principialista ou garantista?

Inicialmente precisar-se-ia conceituar as duas formas de constitucionalismo.

Ferrajoli apresenta como constitucionalismo principialista como uma Constituição onde os direitos fundamentais como valores a serem perseguidos pela sociedade, ou ainda como princípios estruturalmente diversos das regras pois estes teriam uma normatividade mais fragilizada, deixando de lado a subsunção e figurando necessário agora a ponderação legislativa e judicial.⁹²

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **O constitucionalismo garantista e o estado de direito**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (coord.) **Garantismo, Hermenêutica e o (neo)constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012. p. 232-233.

⁹¹ No mesmo sentido Sérgio Cademartori ser o Estado brasileiro um Estado de Direito, e ainda ressalta a dimensão garantista deste. CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista**. p. 226-229.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (coord.) **Garantismo, Hermenêutica e o (neo)constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012. p. 18

Pode-se afirmar que um dos principais expoentes na defesa do constitucionalismo principialista é Robert Alexy em especial no ensaio *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*.⁹³

Para sustentar sua teoria Alexy destaca ideais contidas no caso *Lüth*⁹⁴ que servem para demonstrar a defesa do constitucionalismo principialista.

O primeiro argumento especifica que os direitos fundamentais incorporam uma ordem objetiva de valores e que tal ordem objetiva de valores – ou princípios – são aplicados a todas as áreas do direito, não somente à defesa do cidadão contra o estado.

O segundo argumento diz respeito ao efeito dessa aplicação, na medida em que os direitos fundamentais se irradiam sobre todo o sistema jurídico, assumindo o patamar de onipresença.

Por fim, a terceira idéia estabelece o caráter conflitual de tais direitos, pois segundo Alexy, essa é a grande lição paradigmática do caso *Lüth*: a necessidade de balanceamento de interesses. Portanto, ele afirma, valores e princípios tendem, intrinsecamente, à colisão e, desse modo, uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento.⁹⁵

Verifica-se que o ponto chave do constitucionalismo principialista é a ponderação de princípios, e mais, Alexy apresenta ainda que as regras teriam predominância em relação aos princípios, uma vez que aos princípios poderiam ocorrer uma ponderação, contudo em relação às regras (uma vez que o seu desrespeito lhe acarretaria uma sanção) as mesmas deveriam ser cumpridas.⁹⁶

⁹³ COPETTI NETO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (coord.) **Garantismo, Hermenêutica e o (neo)constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.p. 157

⁹⁴ Caso *Lüth* ocorreu em 1958, quando a Corte Constitucional reformou uma decisão do Tribunal de Hamburgo onde era questionado o direito ou não de *Lüth* boicotar os filmes de Veit Harlan, autor do filme nazista e antissemita “*Jud Suss*”. COPETTI NETO, Alfredo. **Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas**. p. 157

⁹⁵ COPETTI NETO, Alfredo. **Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas**. p. 158-159

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 91/103.

Os que defendem o constitucionalismo garantista tecem críticas ao constitucionalismo principialista diante do fato de que a ponderação poderia legitimar o ativismo judicial, ou como propõe Lenio Streck o pan-principiologismo.⁹⁷

Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve a “escolha direta.”

Importante anotar no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um “princípio” (sic). Com efeito, se, na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz a formação de uma regra – que será aplicada no caso de subsunção –, os tribunais brasileiros passaram a utilizar esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos.⁹⁸

O constitucionalismo principialista pode gerar graves desrespeitos ao próprio direito, como também lesionar a própria democracia, uma vez que o poder legiferante passaria a estar nas mãos de magistrados que não foram eleitos democraticamente para esta função.

Já como o constitucionalismo garantista parte do pressuposto de que o direito necessita de uma normatividade forte, e ainda que alguns princípios não sejam, mas em especial os princípios elencados como direitos fundamentais devam ser tratados como regras, não tratando como meros valores a serem perseguidos, mas sim devidamente respeitados e cumpridos.⁹⁹

Para esta segunda caracterização, o constitucionalismo poderá se definido como um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito que prevêem – para a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável – a submissão

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (coord.) **Garantismo, Hermenêutica e o (neo)constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012. p. 64

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. p. 74

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. p. 18

(inclusive) da legislação a normas relativas à produção não só formais, relativas aos procedimentos (ao quem e ao como), mas também materiais, relativas aos conteúdos das normas produzidas (ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir), cuja violação gera antinomias, por comissão, ou lacunas, por omissão.¹⁰⁰

O constitucionalismo garantista busca a efetivação da democracia através e pelo próprio direito, ao contrário do que prega o constitucionalismo principialista, onde haveria uma separação dicotômica entre o que se entende-se como direito e democracia.¹⁰¹

Ferrajoli apresenta aqui que alguns direitos, em especial os direitos fundamentais, ainda que corporificados através de princípios, configuram direitos inalienáveis e irrenunciáveis, e, diante de um pacto constitucional sobre a convivência civil, nem tudo pode ser decidido por maioria. Alguns direitos nenhuma maioria poderá decidir pela supressão (e não decidir a proteção) direitos fundamentais de uma parcela da população, ainda que de um único cidadão.¹⁰²

E mais, Ferrajoli ainda critica o constitucionalismo principialista, pois entende que o sistema da ponderação autorizaria uma ampliação do poder judiciário através do ativismo judicial, enquanto que o constitucionalismo garantista buscaria o contrário.¹⁰³

Tais divergências certamente não podem ser reparadas pela interpretação e pela argumentação jurídicas. No modelo normativo por mim teorizado, o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias nas quais elas se manifestam não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação – e, por isso, à política –, no que diz respeito às lacunas e ao anulamento das normas inválidas; e à jurisdição constitucional, no que diz respeito às antinomias. Certamente, os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais. Mas é ilusório supor que eles possam colmatar aquelas que denominei “lacunas estruturais” e suprir a necessária *interpositio legis*. Eles podem, no máximo, evidenciar as lacunas: os juízes constitucionais cientificam o Parlamento, como previsto no art. 103, §2, da Constituição brasileira; e os juízes e tribunais, determinando, no caso concreto submetido a

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. p. 18

¹⁰¹ COPETTI NETO, Alfredo. **Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas**. p. 164

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. p. 792

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **O constitucionalismo garantista e o estado de direito**. p. 247.

sua apreciação, uma forma qualquer de satisfação ou reparação.¹⁰⁴

Outro ponto que diferencia o constitucionalismo principialista do constitucionalismo garantista é que este último não apresenta uma distinção entre regras e princípios, sustentando ainda que essa diferenciação pode levar a um enfraquecimento normativo da constituição.

Ferrajoli afirma que não haveria uma diferença entre regras e princípios, em especial quando estamos diante de direitos fundamentais.

A diferença entre a maior parte dos princípios e as regras é, portanto, ao meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas quase de estilo. A formulação de muitas normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, na forma dos princípios não é apenas um fato de ênfase retórica, mas tem uma indubitosa relevância política: em primeiro lugar porque os princípios enunciam expressamente, e por isso solenemente, os valores ético-políticos por eles proclamados, em relação aos quais as regras são, por sua vez, “opacas”, em segundo lugar, e sobretudo, porque eles, quando enunciam direitos servem para explicitar a titularidade das normas constitucionais que conferem direitos às pessoas ou os cidadãos, e por isso a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos de soberania popular. Mas, a parte o estilo, qualquer princípio que enuncia um direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correlatas, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente. Precisamente porque os direitos fundamentais são universais (*omnium*), eles consistem em normas, ainda que sempre interpretadas como regras, às quais correspondem deveres absolutos (*erga omnes*), igualmente consistentes em regras.¹⁰⁵

Diante dos argumentos apresentados pode-se afirmar que princípios não podem ser confundidos com valores e Ferrajoli apresenta que não há uma diferenciação entre regras e princípios, sendo que sempre atrás de uma regra há um princípio que acaba legitimando essa regra, e como uma importante restrição ao constitucionalismo principialista, a sua utilização acaba por enfraquecer o direito,

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi, **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Trad. de André Karam Trindade <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf> acesso em 05/08/2014. Acesso em: 05 de junho de 2014. p. 8-9

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. p. 41

dando azo à propagação daquilo que se convencionou chamar como panpricipiologismo.¹⁰⁶

Pode-se considerar, então, tendo em vista os presentes argumentos, que o Estado brasileiro é garantista, e mais, que no Brasil deve ser aplicado o constitucionalismo garantista. Desta feita, a sobrevalorização dos princípios não pode resultar paradoxalmente no esvaziamento do seu conteúdo deôntico; impõe-se-lhe que os mesmos sejam tratados como garantias a serem aplicadas como regras impositivas, e não como simples valores sociais que devem ser aplicados (ou não) mediante técnicas subjetivas de ponderação.

1.5 O ANTIGARANTISMO

Apesar dos benefícios de um sistema garantista como meio de limitação do poder estatal, e ainda como um meio de democracia, e principalmente como um sistema de promoção dos direitos fundamentais, há vozes que tecem críticas à teoria garantista, defendendo ainda (não bastando a mera crítica) uma teoria antigarantista.

O que há é uma confusão de alguns doutrinadores que defendem que a aplicação da teoria do garantismo penal gera uma impunidade.

Para os críticos da teoria do garantismo penal, a prática de um crime é uma ameaça à integridade e à instabilidade social, ocasionando uma instabilidade institucional, servindo a punição (às vezes a qualquer preço) como uma forma de estabilização da vítima secundária do delito (leia-se, a sociedade).¹⁰⁷

Uma teoria que critica o garantismo penal é o Direito Penal do Inimigo desenvolvida por Güter Jakobs, onde o criminoso (autor de delitos de maior gravidade) por ofender a lei não oferece qualquer garantia de que se comportará como um cidadão, devendo ser tratado como um inimigo. Esse inimigo do Estado deve ser combatido ferozmente, servindo a pena como uma forma, além de punição,

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. p. 71

¹⁰⁷ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 7 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2011. p. 352

como também de combate à criminalidade, mesmo que a punição seja realizada com violações dos direitos humanos.¹⁰⁸

Paulo Queiroz explica o Direito Penal do Inimigo como uma teoria antigarantista ao resumir suas premissas:

a) o inimigo não é pessoa, mas inimigo (não pessoa), logo a relação que com ele se estabelece não é de direito, mas de coação de guerra; b) o direito penal do cidadão tem por finalidade manter a vigência da norma; o direito penal do inimigo, o combate aos perigos; c) o direito penal do cidadão reage por meio de penas; o direito penal do inimigo por meio de medidas de segurança; d) o direito penal do cidadão trabalha com um direito penal do fato; o direito penal do inimigo, com o direito penal do autor; e) por isso o direito penal do cidadão pune fatos criminosos; o direito penal do inimigo, a periculosidade do agente; f) o direito penal do cidadão é essencialmente repressivo; o direito penal do inimigo essencialmente preventivo; g) por essa razão o direito penal do cidadão deve se ocupar, como regra, de condutas consumadas ou tentadas (direito penal do dano), ao passo que o direito penal do inimigo deve antecipar a tutela penal, para punir atos preparatórios (direito penal do perigo); h) o direito penal do cidadão é um direito de garantias; o direito penal do inimigo um direito antigarantista.¹⁰⁹

Longe de querer esgotar o tema a respeito da crítica ao garantismo pela teoria do Direito Penal do Inimigo, sua citação tem o fito de demonstrar a ideia central de algumas teorias críticas. Nessa seara pode-se também ressaltar o movimento da Lei e Ordem e o direito penal de terceira velocidade.

O movimento Lei e Ordem foi fundamentado a partir da ideia de que existem homens bons e homens maus, devendo o Estado dar uma resposta ao fenômeno criminal através de um endurecimento das leis, e até mesmo de aplicação de uma punição por um período maior do que o já previsto, ou em alguns casos inclusive impondo a pena de morte.¹¹⁰

Em que pese esses institutos não serem aplicados no Brasil como regra, pontualmente esses institutos acabam originando legislações que atentam contra direitos fundamentais, tais como Lei dos crimes hediondos (Lei nº

¹⁰⁸ JACOBS, Günter. **Direito Penal do Inimigo**. Trad: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.p . 22-23

¹⁰⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. p. 352

¹¹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014. p. 296

8.072/90) e aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado (artigo 52 da Lei nº 7.210/84).

Outra teoria que também detém uma grande conotação antigarantista é o programa da tolerância zero concebida no mesmo período da teoria da Lei e Ordem.

Para o programa da tolerância zero, a repressão aos crimes, ainda que delitos de menor importância para a sociedade, devem sofrer punição exemplar, pois tolerar uma pequena infração poderia levar ao cometimento de crimes mais graves e assim disseminar uma sensação coletiva de ausência de poder legal em certas áreas da cidade.¹¹¹

Em recente artigo, Afrânio Silva Jardim inicia sua posição argumentando que não tem a intenção de questionar a teoria do garantismo, mas conclui que a visão constitucional do processo penal (aplicador do direito penal), diante da inefetividade do Estado, gera uma sensação de impunidade, o que autorizaria uma conduta mais enérgica por parte dos entes estatais na repressão do crime.¹¹²

As teorias críticas do garantismo penal, têm seu valor quando buscam a garantia de uma tutela aos bens juridicamente protegidos, contudo perdem sua legitimidade constitucional quando admitem a supressão de direitos fundamentais para a imposição da própria lei. Como pode um ente querer aplicar a lei, sendo que ao mesmo tempo a desrespeita.

Em que pese essas teorias adeptas do antigarantismo não terem aplicação direta e unânime no Brasil, em algumas situações o Poder Legisferante é tomado pela emoção e clamor social e acaba editando leis que ferem os direitos mais fundamentais daqueles que estão querendo proteger.

Além dos exemplos apresentados acima, pode-se também elencar a Lei nº 12.234/2010 que será objeto de análise no segundo capítulo.

¹¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. p. 291-292

¹¹² JARDIM, Afrânio Silva. **Garantismo no processo penal merece breve (e parcial) reflexão**. Julho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/afranio-jardim-garantismo-processo-penal-merece-reflexao> Acesso em 14 de agosto de 2014 p. 1

CAPÍTULO 2

DELINEAMENTOS GERAIS SOBRE PRESCRIÇÃO PENAL

Tem-se por garantismo penal, como verificado no capítulo anterior, uma teoria que pode e deve (e de certa *forma* é) ser aplicada no direito penal brasileiro, com o fito de limitar o poder punitivo estatal.

Essa perspectiva teórica encontra esteio na Constituição da República dado que baseada na dignidade da pessoa humana e nos Direitos Fundamentais, os quais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação democrática da ação.¹¹³

Uma das formas de limitação do poder estatal frente ao cidadão é a instituição da prescrição penal como uma garantia fundamental. Garantia esta que pode ser dogmaticamente construída de diversas formas.

É cediço que o Poder Judiciário está abarrotado de processos, em todas as unidades jurisdicionais, em todas as instâncias. As varas criminais não se diferenciam desse lamentável quadro de abarrotamento e de absoluta ineficiência na prestação jurisdicional. Observa-se que muitos processos deixam de chegar a uma resolução quanto ao mérito, pelo fenômeno da prescrição penal

Pode-se adotar um conceito operacional para a prescrição penal como sendo a perda ou renúncia do poder de punir do Estado em face do decurso do tempo. É uma limitação temporal da persecução criminal (prescrição da pretensão punitiva) ou da execução da pena (prescrição da pretensão executória), produzida em obediência a razões de Política Criminal.¹¹⁴

¹¹³ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 33 e 34

¹¹⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição: a identidade no tempo e a proporcionalidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney; FAYET, Marcela; BARAK, Karina. **Prescrição Penal**: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência. p. 41 e 42

A existência da prescrição tem razão de existir por vários argumentos, ainda nessa fase conceitual do presente trabalho, podemos apresentar três fundamentos a embasar a sua necessidade.

La prescrizione è causa estintiva legata al decorso del tempo. Le ragioni dell'istituto, di lunga tradizione, vengono ravvisate: a) nell'attenuarsi dell'interesse dello Stato alla punizione dei reati il cui ricordo sociale si è affievolito per il trascorrere di un periodo di tempo nel quale non si sa arrivati all'accertamento della responsabilità o alla esecuzione della pena inflitta; b) nell'esigenza garantista di non tenere sottoposto il soggetto alla "spada di Damocle"¹¹⁵ della giustizia per un tempo indefinito od eccessivo con tutti gli effetti negativi sulla vita dello stesso; c) nonché anche nell'interesse di non gravare il sistema giudiziario del cumulo di processi non definiti.¹¹⁶

Verifica-se que o ponto nevrálgico do conceito de prescrição é a inércia estatal. Tendo o Estado o direito de punir, e somente este o detém, deve exercer este poder dentro de um determinado limite de tempo, pois quando decorrido este tempo, perde a sua legitimidade e possibilidade de punição.

¹¹⁵ Dâmocles era um cortesão bastante bajulador na corte do tirano Dionísio, de Siracusa. Ele dizia que, como um grande homem de poder e autoridade, Dionísio era verdadeiramente afortunado. Dionísio ofereceu-se para trocar de lugar com ele por um dia, para que ele também pudesse sentir o gosto de toda esta sorte, sendo servido em ouro e prata, atendido por garotas de extraordinária beleza, e servido com as melhores comidas. No meio de todo o luxo, Dionísio ordenou que uma espada fosse pendurada sobre o pescoço de Dâmocles, presa apenas por um fio de rabo de cavalo. Ao ver a espada afiada suspensa diretamente sobre sua cabeça, perdeu o interesse pela excelente comida e pelas belas garotas e abdicou de seu posto, dizendo que não queria mais ser tão afortunado. A espada de Dâmocles é uma alusão frequentemente usada para remeter a este conto, representando a insegurança daqueles com grande poder (devido à possibilidade deste poder lhes ser tomado de repente) ou, mais genericamente, a qualquer sentimento de danação iminente.

¹¹⁶ MANTOVANI, Fernando. **Diritto penale: parte generale**. p. 740. Apud FAYET JÚNIOR, Ney. PICCOLI, Fernando. Da prescrição penal retroativa: análise crítica das alterações trazidas pela Lei 12.234 de 2010. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**. v. 1. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. p. 150. Tradução: A prescrição é causa extingível ligada à passagem do tempo. A razão da instituição com uma longa tradição, evidentemente, são os seguintes: a) atenuar o desinteresse do Estado para a punição de crimes cuja memória social tem vindo a enfraquecer devido à passagem do período de tempo em que você não sabe se chegou a avaliação da responsabilidade ou execução da pena imposta, b) na necessidade garantista não manter aqui a pessoa sujeita a "espada de Dâmocles" da justiça por tempo indeterminado ou excessivo com todos os efeitos negativos sobre a vida do mesmo c) e também no interesse de não sobrecarregar sistema judicial com processos que não estão definidos.

2.1 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO PENAL

A prescrição no direito penal tem sua origem no direito romano, sendo que com o passar dos tempos a prescrição também foi adotada por outras legislações, cada qual com suas peculiaridades.

A prescrição da ação penal, segundo noticia Lorenzo Morillas CUEVA com o apoio em BERNER e MANZINI, tem origem no direito romano, tendo sido estatuída na “Lex Julia de Adulteris”, em 18 a.C., voltando-se para os crimes de estupro, adultério e lenocídio, aos quais fixava prazo prescricional de 05 anos. Posteriormente, foi estendida à generalidade dos crimes, como prazo vintenário (*crimina publica*), ressalvadas exceções de imprescritibilidade para crimes especialmente graves e prazos quinquenais em crime de menor ofensividade.¹¹⁷

No Brasil a prescrição penal foi legalizada pelo Código de Processo Penal do Império de 1832. De acordo com esse diploma legal, existiam somente dois prazos prescricionais, a depender ser o crime era afiançável ou não. Para os crimes afiançáveis o prazo prescricional era fixado em 06 anos, já se o crime era inafiançável o prazo prescricional só ocorreria após 10 anos, sendo necessário para a fluidez do prazo que o acusado estivesse ininterruptamente no local da jurisdição criminal.¹¹⁸

Desde a primeira previsão legal autorizando a aplicação da prescrição penal no Brasil, não houve ruptura neste entendimento, salientando-se que até os dias atuais, várias reformas se sucederam regulando a aplicação da prescrição penal.

O estudo do tema prescrição penal nunca foi um consenso, em especial, a caracterização de sua natureza jurídica. A discussão gravita em torno do seu tratamento como instituto de direito material ou de direito processual.¹¹⁹

¹¹⁷ GUARAGUINI, Fábio André. **Prescrição Penal e Impunidade**. Curitiba: Juruá. 2000. p. 21.

¹¹⁸ GUARAGUINI, Fábio André. **Prescrição Penal e Impunidade**. p. 23.

¹¹⁹ Nelson Hungria sustenta que a prescrição penal teria natureza processual fundamentam seus argumentos pelo fato que a prescrição extingue a persecução penal por parte do Estado, constituindo um pressuposto negativo para o início ou continuação de uma ação penal. Ocorrendo a prescrição haveria o julgamento do processo sem a análise do mérito. Já Jescheck defende que a prescrição penal teria natureza jurídica mista, havendo uma parte penal e uma parte processual penal. Teria natureza processual penal, pois a prescrição seria um obstáculo ao andamento do processo, e seria de natureza penal porque o decurso do tempo não mais justificaria a punição.

Dentre as teorias, prevalece no direito penal brasileiro aquela segundo a qual a prescrição reveste-se de natureza jurídica de direito penal, pois o reconhecimento da prescrição, em todas as suas espécies, acarreta a perda do poder punitivo estatal, extinguindo sua punibilidade.

Segundo o professor Andrei Zenkner Schmidt, a prescrição é um direito material, não por seus efeitos, não por estar contida no Código Penal e nem pela forma de contagem do prazo, mas, sim, pela subjetividade do Direito. Quando um delito praticado pelo réu é atingido pelo prazo extintivo, surge para ele, afirma, o direito subjetivo público de ver o processo, contra si instaurado, definitivamente extinto, prejudicando, inclusive, o exame do mérito. Jamais pode-se dizer que o direito processual impediu, definitivamente a análise do mérito de uma conduta ilícita. Se a prescrição pode ocorrer antes mesmo de uma relação processual, pois o direito formal só passa a existir após a angularização da relação jurídica perante o Poder Judiciário. Se algum direito tolhe definitivamente essa angularização, sua natureza será, necessariamente, de direito substantivo.¹²⁰

A legislação brasileira aponta que a prescrição penal tem natureza jurídica de direito material, pois com a prescrição estar-se-á impossibilitando que o Estado aplique uma punição pela prática de um crime (natureza jurídica de direito material).¹²¹

Superado, ainda que em apertada síntese, o debate sobre a natureza jurídica da prescrição penal, necessário analisar as teorias que justificam a aplicação da prescrição e, conseqüentemente, se estas teorias legitimam a alteração determinada pela Lei nº 12.234/2010.

Várias teorias servem para justificar a existência e ainda a manutenção da prescrição penal, a primeira chamamos de teoria do esquecimento.

Para a teoria do esquecimento o transcurso entre o tempo do delito e até o tempo de uma condenação em definitivo (em especial quando o réu encontra-se respondendo o processo em liberdade), acarreta um esquecimento

¹²⁰ BALTAZAR, Antônio Lopes. **Prescrição Penal**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 18-19

¹²¹ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34

social daquele ilícito, desaparecendo assim o alarme social, não havendo mais interesse em punir.¹²²

A pena tem como função prevenir a prática de outros delitos, chamado de prevenção geral, não haveria sentido para a teoria do esquecimento aplicar uma pena, se a própria sociedade (vítima secundária do delito) já não mais recorda daquele fato.

Para a teoria da dispersão das provas com o decurso de tempo, as provas, em especial as provas testemunhais perdem razoavelmente a sua precisão necessária para impor uma condenação, ou ainda, podem ficar impossíveis de serem realizadas. Tal fato torna as provas para um decreto condenatório muito frágeis, e prejudica de sobremaneira o trabalho da defesa.¹²³

Não raro que passado um determinado tempo, as testemunhas (seja de acusação ou de defesa) acabam esquecendo determinado fato, restando o seu depoimento, não raras vezes em meros reconhecimentos de assinatura em depoimento prestado na delegacia, o que inviabiliza por si só o contraditório e a ampla defesa, sem contar que é vedado ao magistrado adotar em suas razões de decidir somente as provas ou depoimentos colhidos na fase inquisitiva.

A teoria da expiação moral baseia-se no fato de que o transcurso do tempo já serve como uma espécie de punição ao infrator de um delito.

De acordo, também, com essa teoria, era Cousturier, pois adotava como fundamento comum da prescrição da ação e da pena a idéia de que o tempo exigido para prescrever constitui, por si só, uma pena tão rigorosa como aquela da lei. Ao que parece, aceitou ele a argumentação da Exposição de motivos ao “*Code d’Instruction Criminelle*” de 1808.¹²⁴

Já para a teoria da emenda (também chamada e Readaptação social ou Correção) a justificativa para a existência da prescrição penal seria o fato de que o tempo já ultrapassado desde a data do fato criminoso, até a decisão final

¹²² PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. São Paulo, 1972. p.12

¹²³ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. p.15

¹²⁴ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. p.16

sem que o acusado voltasse a delinquir, o que não mais justificaria a pena, pois este já estaria ressocializado.¹²⁵

A pena tem a função de ressocializar o sujeito condenado, servindo também como uma forma de prevenir que o mesmo não retome a prática criminosa e desestimulando outros indivíduos a praticá-la.

No que se refere à prevenção especial positiva, destaca-se, também, que a atuação repressiva tardia sobre o autor da infração se manifestará, em verdade, muito provavelmente, noutra pessoa, dada a grande possibilidade de mudança na personalidade do sujeito em razão do largo transcurso de tempo que a tornariam disfuncional ou despropositada, conforme será exposto. Será, também, a condenação tardia, contraditória com o ideal de readaptação social do delinquente. Ou seja, resultaria uma ofensa para os objetivos humanitários e sociais impor o cumprimento de uma pena muito tempo depois da ocorrência do fato.¹²⁶

Pois bem, após o prazo prescricional, sem que o acusado voltasse a praticar qualquer outro delito, não mais justificaria a imposição de uma sanção, pois a finalidade da pena já teria ocorrido.

Já a teoria psicológica defende que o ser humano é um ser mutante, e com o passar do tempo a sua constituição psíquica é alterada, sendo que, ao aplicar uma punição após muito tempo, não estaríamos mais punindo o autor do fato criminoso, mas sim outro indivíduo.¹²⁷

Para a criminologia e Dogmática penal, também o tempo e a prescrição têm uma forte influência. Como frisado acima, as pessoas, diante das experiências de vida que atravessam, mudam seu caráter, e tornam-se, para o bem ou para o mal, pessoas diferentes daquelas que realizaram o injusto.¹²⁸

¹²⁵ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. p.17

¹²⁶ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição: a identidade no tempo e a proporcionalidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney; FAYET, Marcela; BARAK, Karina. **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos**: doutrina e jurisprudência. p. 36

¹²⁷ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. p.18

¹²⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição: a identidade no tempo e a proporcionalidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney; FAYET, Marcela; BARAK, Karina. **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos**: doutrina e jurisprudência. p. 37

Há na realidade um rompimento de nexos entre o criminoso e o condenado, defendendo a teoria como se fossem pessoas diferentes.¹²⁹

Não importa qual teoria seja dominante, ou ainda qual a mais correta, pois o fator em comum entre todas elas é o transcurso do tempo.

2.2 CRIMES IMPRESCRITÍVEIS

A prescrição é uma garantia constitucional, como ver-se-á a frente mas a própria Constituição Federal apresenta alguns delitos que seriam imprescritíveis, ou seja, insuscetíveis de tempo para serem julgados ou ter sua pena executada.

[...] encuentra su adecuada explicación precisamente en el principio de necesidad de pena. Dada la gravedad de determinadas conductas, la intolerabilidad social no experimenta esa aminoración producto del paso del tiempo y su comisión no se beneficia, por así decirlo, de ese proceso social de superación, tratándose de hechos que no pierden su relevancia en la configuración de la vida social del presente y respecto de los cuales, por tanto, debe seguir estimándose necesaria y justificada la pena.¹³⁰

No Brasil, a imprescritibilidade está prevista na Carta Magna, mais precisamente no artigo 5º, incisos XLII¹³¹ e XLIV¹³². Pode-se inferir, destes dispositivos constitucionais, que a regra constitucional preceitua serem prescritíveis as infrações penais.

¹²⁹ O Artigo 115 do Código Penal determina que o prazo prescricional seja reduzido a metade caso o infrator ao tempo do crime era menor de 21 anos, demonstrando que a formação do indivíduo, mesmo após ser imputável, ainda não está completamente completa.

¹³⁰ GILI PASCUAL, Antoni. **La prescripción en Derecho penal**. p. 78. Apud FAYET JÚNIOR, Ney. PICCOLI, Fernando. Da prescrição penal retroativa: análise crítica das alterações trazidas pela Lei 12.234 de 2010. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**. p. 51 Tradução: (...) encontra sua adequada explicação no princípio da necessidade da pena. Dado a gravidade de determinadas condutas, a intolerabilidade social não experimenta esse retardo do produto ao passo que o tempo e sua comissão não se beneficia, por assim, desequilíbrio desse processo social de superação, tratando-se de feitos que não perdem a relevância na configuração da vida social presente e respeito dos quais, tanto, deve seguir estimulando a necessária e justificada pena.

¹³¹ Art. 5º, inciso XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

¹³² Art. 5º, inciso XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Como regra fundamental, o nosso sistema adota a prescritibilidade dos delitos (ainda que havidos como hediondos); entretanto, excepcionalmente, poderá haver delitos que não se sujeitam ao regime traçado no CP. Com efeito, a CF de 1988, em seu artigo 5º estatui duas hipóteses de imprescritibilidade: os crimes de racismo (inciso XLII), definidos na Lei 7.714/6, de 5 de janeiro de 1989, com as alterações da Lei 9.459, de 15 de maio de 1997; e o crime de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inc. XLIV).¹³³

A imprescritibilidade como regra é anterior ao período romano, contudo a gama de delitos que não sucumbem à prescrição sempre foi relativamente pequena.¹³⁴

Figurando a prescrição como uma regra, a imprescritibilidade estaria amparada pelo argumento de que em crimes de especial gravidade, não mereceriam ter extinta a punibilidade pelo transcorrer do tempo, admitindo a punição a qualquer momento.¹³⁵

Historicamente a imprescritibilidade sempre foi legada aos delitos que causam por sua natureza um maior alarde social, perturbando e alarmando os membros da coletividade. No Brasil sempre vigou a prescritibilidade das infrações penais, isso desde o Código de Processo Penal do Império de 1832. A Constituição Federal de 1988 trouxe duas espécies de delitos que dada sua importância social não são suscetíveis de extinção da punibilidade pelo transcurso do tempo.

A imprescritibilidade não é uma inovação tupiniquim, contudo no Direito comparado, em especial em países como Itália, Alemanha, Argentina, Austrália, Portugal e Canadá há previsão legal da imprescritibilidade, porém para delitos de maior gravidade, *v.g.* delitos de guerra e crime de genocídio.¹³⁶

¹³³ FAYET JÚNIOR, Ney. PICCOLI, Fernando. Da prescrição penal retroativa: análise crítica das alterações trazidas pela Lei 12.234 de 2010. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.** p. 48-49

¹³⁴ FAYET JÚNIOR, Ney. PICCOLI, Fernando. Da prescrição penal retroativa: análise crítica das alterações trazidas pela Lei 12.234 de 2010. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.** p. 49

¹³⁵ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal.** p. 26

¹³⁶ FAYET JÚNIOR, Ney. FERREIRA, Martha da Costa. Da imprescritibilidade. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.** v. 1. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. p. 81

Em que pese fortes críticas à imprescritibilidade, a sua previsão legal no direito brasileiro, está prevista na Constituição Federal, e ainda, foi elaborada pelo Poder Constituinte Originário. Não comportando questionamento, pelo menos no campo jurídico.

2.3 PRESCRIÇÃO É UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL

Os direitos fundamentais sob a ótica da teoria do garantismo penal, mais especificadamente os direitos de liberdade, correspondem na verdade a uma garantia primeiramente em relação ao Estado (que se materializam através de proibições e de obrigações positivas). A enunciação de um direito fundamental impõe um conjunto de proibições ao Estado, inclusive, proibições que não possuem conteúdo predeterminado e nem mesmo determinável *a priori*.¹³⁷

Uma reformulação da fundação teórica das categorias dos direitos fundamentais exigiria não apenas a sua originária distinção dos outros direitos subjetivos, mas, também, a sua decomposição analítica, voltada a identificar, a redefinir e a distinguir as diversas figuras colhidas nela. Também a categoria dos direitos fundamentais é um recipiente no qual tomaram lugar figuras ligadas pelo seu nexo com a igualdade e com os valores das pessoas, mas, de resto, em tudo heterogêneas: do direito à vida ao de liberdade pessoal; dos diversos direitos de liberdade – de opinião, de expressão, de imprensa, de culto, de reunião, de associação, de circulação e de greve – à inviolabilidade do domicílio e sigilo de correspondência; dos direitos políticos aos direitos civis da capacidade jurídica e da capacidade de agir; dos direitos sociais individuais – ato trabalho, à subsistência, à saúde, à casa, à instrução e a um adequado salário – até aos direitos sociais coletivos, como direito à paz, ao ambiente, à informação e à autodeterminação.¹³⁸

Ferrajoli pontua ainda que os direitos fundamentais, em contraposição a outras situações jurídicas, exigem a criação de garantias necessárias à satisfação do igual valor das pessoas.¹³⁹

Tudo isso torna ainda mais insensata a associação entre direitos fundamentais e outras figuras de direitos ou prerrogativas, sugerida pelas mais que globais categorias dos “direitos subjetivos” e “situações jurídicas”. A radical diferença entre estrutura dos direitos fundamentais em relação a todas as situações jurídicas de poder e

¹³⁷ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. p. 109

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 842

¹³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 836

dever faz, ao invés, dos primeiros o campo do *não poder*, onde tomam forma e se desenvolvem as identidades, as carências e os valores – pessoais e sociais – que por sua tramitação exigem igual tutela e satisfação. Mas o faz, outrossim, como se verá, o campo dos contra-poderes, ou seja, dos instrumentos de tutela, de autonomia e de conflito – individual ou coletivo – atribuídos a sujeitos mais frágeis e privados de poderes contra o jogo, de outro modo, livre e desenfreado dos poderes públicos e privados e das conexas desigualdades.¹⁴⁰

Para a teoria do garantismo penal, direitos fundamentais servem na verdade como um suporte e garantia dos demais direitos previstos para os cidadãos, servem como um instrumento com os quais o direito assegura certo número de liberdades e prerrogativas, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio Direito.¹⁴¹

Uma vez esclarecido o que vem a ser um direito fundamental, é imperioso reforçar que nos casos de crimes imprescritíveis¹⁴² elaborados pelo próprio Poder Constituinte Originário acabou conferindo um status jurídico qualificado à prescrição (conduzindo-a a um patamar de jusfundamentalidade, de garantia constitucional).

É possível afirmar isto porque nestes dispositivos constitucionais, houve a especial preocupação de que identificar as hipóteses específicas que afastariam a regra geral de prescritibilidade dos delitos já que, nestas situações excepcionais, a constituição afirma a imprescritibilidade do *jus puniendi*. Trata-se, pois, inegavelmente, de uma garantia de todo cidadão.

Portanto, o direito à prescrição foi reconhecido como um dos direitos fundamentais, fazendo parte do rol das chamadas cláusulas pétreas. Sendo assim, nem o “Poder Constituinte Reformador ou Derivado”, poderá validamente deliberar sobre proposta de emenda constitucional tendente a abolir o direito à prescrição (artigo 60, parágrafo quarto, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil).¹⁴³

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 839

¹⁴¹ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. p. 111

¹⁴² Como verificado acima são considerados imprescritíveis o crime de racismo e o de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

¹⁴³ SIENA, David Pimentel Barbosa de. **Direito fundamental à prescrição e inconstitucionalidade da Lei nº 12.234/2010**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20456/direito-fundamental-a-prescricao-e-inconstitucionalidade-da-lei-no-12-234-2010#ixzz2iTVNeqzx>> Acesso em: 15 de dezembro de 2013. p. 1

Verifica-se assim, que, a prescrição apresenta-se como uma garantia constitucional, e com a entrada em vigor da Lei nº 12.234/2010, o legislador pretendeu que o magistrado não mais aplique a modalidade de prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, em períodos anteriores ao recebimento da denúncia ou queixa, agravando sobremaneira a situação de um acusado.

A doutrina penal de cunho garantista vem tecendo severas críticas a esta mudança legislativa. Na verdade, esta lei não está em harmonia com os postulados do Estado Democrático de Direito e do Direito Penal Constitucional. Ao vedar a possibilidade de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa em termo anterior ao do recebimento da denúncia ou queixa, restou configurado um verdadeiro retrocesso legislativo. Além disso, a nova disposição penal é incompatível com o princípio constitucional da duração razoável do processo.¹⁴⁴

Seja por uma leitura do Direito Penal sob o enfoque da teoria do garantismo proposto por Ferrajoli, seja ainda por uma leitura constitucional de todo o sistema penal, a Lei nº 12.234/2010 viola, defende-se aqui, vários princípios e garantias fundamentais previstos na Carta Cidadã.

A aplicação da teoria garantista fornece elementos fundantes ao Estado democrático de Direito, ademais, serve também como prova de evolução de um Estado frente ao Estado absolutista. Pois bem, a limitação, ou supressão de direitos e garantias fundamentais do cidadão em um Estado de Direito é contra ao proposto por este Estado.

2.4 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

Para se tratar das espécies de prescrição, inicialmente podemos dividir a sua aplicação no caso em concreto em dois momentos. O primeiro, desde a data do fato criminoso, até o momento do trânsito em julgado da decisão condenatória. E o outro, do trânsito em julgado da decisão condenatória (pelo menos para a acusação) até o início do cumprimento da pena, ou extinção da punibilidade.

¹⁴⁴ SIENA, David Pimentel Barbosa de. **Direito fundamental à prescrição e inconstitucionalidade da Lei nº 12.234/2010**. p. 1

As duas espécies de prescrição servem no Brasil para que o Estado não fique silente na imposição de uma sanção a um fato ilícito, bem como após uma imposição de condenação, o Estado execute a sentença fazendo com que o agora condenado passe a cumprir a pena.

2.4.1 Prescrição da pretensão punitiva

Para a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva é necessário que haja a prática de um ilícito penal e, a partir deste fato, inicia-se para o Estado um prazo para ser exercido o *jus puniendi*. Trata-se de hipótese conhecida como prescrição da pretensão punitiva, também chamada de prescrição da ação¹⁴⁵.

Titular do direito concreto de punir, o Estado o exerce por intermédio da ação penal, que tem por objetivo direto a exigência de julgamento da própria pretensão punitiva e por objeto mediato a aplicação da sanção penal. Com o decurso de tempo sem o seu exercício o Estado vê extinta a punibilidade e, por consequência, perde o direito de ver satisfeitos aqueles dois objetos do processo.¹⁴⁶

Para a prescrição da pretensão punitiva, o termo inicial para sua fluência coincide com a prática do fato, até a ocorrência do trânsito em julgado, sendo que, caso ultrapassado o tempo que o Estado dispõe para impor uma sanção penal, opera-se esta modalidade de prescrição e, por conseguinte, a extinção da punibilidade do infrator.

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva acarreta, além da perda por parte do Estado de exercer o *jus puniendi*, igualmente a configuração de qualquer efeito do crime, excetuando-se, por óbvio, o dever de reparação civil pelos danos eventualmente causados à vítima.

Toda doutrina acompanha a lição de Betiol, no sentido de que a prescrição, no campo do DCrim, deve ser aplicada pelo Juiz, independentemente de provocação, em qualquer grau ou estado da causa. Destarte, ela poderá ser declarada, antes da sentença, extinguindo a ação, a qual produzirá os seguintes efeitos: 1) impossibilidade de aplicação da pena ou medida de segurança ao réu; 2) apaga o caráter delituoso do fato, como se a ação penal sequer tivesse existido; 3) para fins criminais, equipara-se a absolvição, não subsistindo os efeitos secundários da condenação, tais como: pagamento de custas, reincidência etc.

¹⁴⁵ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. p. 39

¹⁴⁶ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. p. 39

Como a prescrição da pretensão punitiva não apaga a infração criminal persiste a possibilidade de o infrator ser responsabilizado pelos danos causados (CPP, art. 67, inc. II). Entretanto, como só poderá ser considerado título executivo judicial no cível “a sentença penal condenatória transitada em julgado” (CPC, art. 584, inc. II), a responsabilização civil do infrator, decorrente de ato ilícito, dependerá da propositura da ação de conhecimento.¹⁴⁷

Importante ressaltar que todas as espécies de prescrição são consideradas matérias de ordem pública, devendo ser reconhecidas inclusive de ofício, figurando também como uma garantia irrenunciável do acusado.¹⁴⁸

Registre-se que a reforma no CPP, introduzida pela Lei n. 11.719/2008, permite ao juiz absolver o réu sumariamente quando, entre outros fundamentos, estiver extinta a punibilidade do agente (v. art. 397, IV, do CPP). O dispositivo mostra-se tecnicamente inadequado. O reconhecimento da extinção da punibilidade, pela prescrição ou por qualquer outra causa, não enseja a absolvição. Muito embora trate-se de um julgamento de mérito, não importa no reconhecimento da inocência do acusado, mas tão somente na extinção do direito de punir (*jus puniendi*) do Estado. Por esse motivo, sustentamos que, a despeito da literalidade da disposição legal mencionada, há de prevalecer uma interpretação sistemática do CPP, concluindo-se, com apoio nos arts. 61, *caput*, e art. 581, VIII e IX, do Código, que a declaração da extinção da punibilidade não implicaria a absolvição do agente; cuida-se, na verdade, de decisão declaratória, a qual pode ser proferida a qualquer tempo (não apenas na oportunidade prevista no art. 397 do CPP).¹⁴⁹

Até mesmo após de extinta a punibilidade pelo cumprimento integral da pena, ou outra causa, pode ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva. Inclusive caso já tenha sido reconhecida a prescrição da pretensão executória, havendo interesse de agir da parte pois, diante do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva como vimos acima, todos os efeitos da condenação são igualmente desconstituídos.¹⁵⁰

Para um melhor estudo da teoria do garantismo penal devemos neste momento apresentar as espécies de prescrição da pretensão punitiva do Estado que podemos dividir nas seguintes modalidades: propriamente dita,

¹⁴⁷ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição penal**. São Paulo. Editora Atlas, 2007. p. 75

¹⁴⁸ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. p. 43

¹⁴⁹ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. p. 43 e 44

¹⁵⁰ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição penal**. p. 76

intercorrente (ou superveniente), retroativa e antecipada. Passamos então à análise de cada uma das modalidades citadas.

2.4.1.1 Prescrição propriamente dita

A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, também é chamada de prescrição em abstrato, sendo que esta é calculada com base na pena máxima em abstrato, ou seja, conforme a pena máxima cominada para cada tipo de ilícito penal. A verificação do prazo prescricional deve ser aferido em consonância com o artigo 109¹⁵¹ do Código Penal.¹⁵²

No primeiro caso, a prescrição será regulada pelo máximo da pena cominada ao crime, conforme parâmetro do art. 109 do CP, que estabelece prazos proporcionais à gravidade da infração. Assim, por exemplo, a lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*), cuja pena máxima é de um ano de detenção, prescreverá em quatro anos; furto simples (CP, art. 155, *caput*), cuja pena máxima é de quatro anos de reclusão, prescreverá em oito anos; o homicídio simples (CP, art. 121, *caput*), cuja pena máxima é de vinte anos, prescreverá em vinte anos etc.¹⁵³

A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita pode ocorrer desde a data do fato criminoso (consumado ou tentado) até o recebimento da denúncia ou da queixa, ou entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença ou acórdão condenatórios.

Como verificado acima a natureza jurídica da prescrição é de direito material, e para a contagem do prazo prescricional adota-se a ordem do

¹⁵¹ Artigo 109 do Código Penal. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

¹⁵² LOZANO JR., José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 58.

¹⁵³ QUEIROZ, Paulo; BARBOSA, Aldeline Melhor. **Termo inicial da prescrição da pretensão executória**. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**. v. 1. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. p. 24

artigo 10 do Código Penal, ou seja, é computado o dia do termo inicial e deve ser levado em conta as datas do calendário comum.¹⁵⁴

Para a configuração da pena máxima em abstrato são igualmente consideradas eventuais qualificadoras, bem como as causas que aumentam ou diminuem a pena. Ressalta-se que nessa verificação da pena em abstrato não incidem as agravantes ou atenuantes, pois estas não podem elevar ou reduzir a pena fora das balizas legais, bem como não é aplicado os aumentos determinados no concurso de crimes, pois a prescrição incide sobre cada fato criminoso isoladamente.¹⁵⁵

2.4.1.2 Prescrição superveniente ou intercorrente

Esta espécie de prescrição penal ocorre obrigatoriamente antes do trânsito em julgado, sendo que, neste caso, deve obrigatoriamente ocorrer após haver uma decisão condenatória.

A prescrição da pretensão punitiva superveniente acarreta a extinção da punibilidade, mesmo havendo uma condenação. Ou seja, havendo eventual recurso, o Tribunal competente deverá julgar o processo em determinado prazo, sob pena de acarretar a prescrição superveniente.

A prescrição superveniente está positivada no ordenamento jurídico no artigo 110 do Código Penal¹⁵⁶. Para sua configuração, leva-se em conta não a pena máxima prevista para o delito em julgamento, mas sim àquela concretamente aplicada na decisão condenatória. Contudo, havendo recurso da acusação objetivando o aumento da pena aplicada na decisão recorrida, a prescrição será aferida tendo por base a pena máxima prevista em lei.¹⁵⁷

¹⁵⁴ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. p. 49

¹⁵⁵ LOZANO JR., José Júlio. **Prescrição Penal**. p. 63-69

¹⁵⁶ Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

¹⁵⁷ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. p. 60

Como elemento de semelhança entre as espécies de prescrição, tem-se que tanto a prescrição penal superveniente quanto a prescrição na modalidade retroativa adotam como forma de cálculo do prazo prescricional a pena *in concreto*, ou seja, aquela aplicada em sentença ou acórdão condenatórios.

Muito embora tenha sido prolatada uma decisão condenatória, quando for reconhecida a extinção da punibilidade do agente antes do trânsito em julgado final, não poderá essa decisão surtir qualquer efeito penal primário ou secundário. A sentença condenatória outrora prolatada não terá validade, pois não foi formado o título executivo judicial.¹⁵⁸

2.4.1.3 Prescrição retroativa

Tal qual a prescrição da pretensão punitiva superveniente, a prescrição retroativa também só pode ser reconhecida após a existência de uma sentença condenatória.

Contudo a diferença entre as duas modalidades de prescrição da pretensão punitiva pode ser analisada sob o ponto de que a prescrição superveniente é apreciada para o futuro, enquanto a prescrição retroativa, como o próprio nome já especifica, é analisada para o passado.

A análise do prazo prescricional nesta modalidade se dá a partir da pena já estabelecida (pena *in concreto*), sendo que essa pena também deve ser analisada de acordo com o artigo 109 do Código Penal para a verificação do prazo prescricional.

No tocante à contagem do prazo da prescrição retroativa, computa-se a integridade da pena fixada na sentença condenatória, logo, com a aplicação das agravantes e atenuantes, causas de aumento e diminuição etc., à exceção da majoração decorrente do concurso formal ou do crime continuado. Esse *quantum*, tal como no caso da prescrição abstrata, seria ajustado a algum dos incisos do artigo 109 do CP¹⁵⁹.

¹⁵⁸ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. p. 58

¹⁵⁹ BRACK, Karina. **Do instituto da prescrição penal no âmbito da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**. v. 1. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. p. 119

Finalmente, averiguava-se se esse lapso prescricional encontrado encaixava-se em algum dos espaços entre os marcos da prescrição, ou seja, entre a data da consumação do crime e o recebimento da denúncia ou da queixa (artigo 117, inciso I do CP), e entre esse último marco e a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis¹⁶⁰.

A partir do momento em que é definido o prazo prescricional com base na pena *in concreto*, deve ser analisado todo o processo, agora de forma retroativa, verificando se entre cada fase não houve a extrapolação do prazo previsto para a ocorrência da prescrição.¹⁶¹

Caso a verificação da análise retroativa apontar a ocorrência da prescrição, esta deve ser reconhecida de ofício e, como seu corolário, nenhum efeito da sentença condenatória subsiste, perdendo o Estado em face de sua desídia o poder de exercer o *jus puniendi*.

Com a promulgação da Lei 12.234/2010, houve uma grande alteração nesta modalidade de prescrição penal, que é objeto central do presente trabalho, em especial, no artigo 110 do Diploma Penal.

Até 05 de maio de 2010 (data de entrega em vigor da Lei nº 12.234/2010), um dos marcos que o operador do direito deveria analisar se teria ocorrido a prescrição retroativa ou não, seria a momento do recebimento da denúncia ou queixa, até a data do fato tido como ilícito.

Contudo, com a alteração promovida pela Lei nº 12.234/2010, o parágrafo 2º do artigo 110 do Código Penal foi revogado, e o parágrafo 1º do mesmo artigo teve sua redação modificada. Por conta destas alterações, tem-se que a prescrição retroativa não pode se efetivar com tendo por base o prazo anterior à data de oferecimento da denúncia ou queixa.

Em que pese ter sido bastante reduzida a alteração legislativa, sua repercussão na persecução penal merece muita atenção, em especial, sob a

¹⁶⁰ BRACK, Karina. **Do instituto da prescrição penal no âmbito da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**. p. 120

¹⁶¹ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. p. 63

perspectiva da teoria garantista. Trata-se, como se defenderá a seguir, de supressão de direitos fundamentais e, de forma correlata, de ampliação ilegítima do *jus puniendi* do Estado, de uma forma excessiva e desproporcional.

Conforme se verifica da nova redação, é vedada, no regime atual, a possibilidade de ser calculada a prescrição pela pena concretizada na sentença entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou queixa, como tradicionalmente se operava. No entanto, apesar de ser orientação do art. 1º da lei (“Esta lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – CP para excluir a prescrição retroativa”), as alterações formuladas pelo legislador terminaram, a nosso ver, não colocando fim à prescrição da pretensão retroativa, mas apenas a parte dela.¹⁶²

De fato, não há dúvidas de que, no regime atual, não é mais possível o cálculo da prescrição retroativa entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa. Em contrapartida, não existe nenhuma proibição da incidência dessa forma prescricional no período entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis, ou, no caso do Júri, entre os marcos acima mencionados.¹⁶³

Verifica-se assim, que a partir do dia 06 de maio de 2010 não pode ser mais aplicada a prescrição retroativa, em data anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa. Contudo é imperioso ressaltar que, essa vedação legal somente pode ser aplicada para fatos criminosos ocorridos em data posterior à entrada em vigor da Lei nº. 12.234/2010, pois, nesse caso, aplica-se a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal.

2.4.1.4 Prescrição antecipada ou virtual

Longe de ser pacífica, a aplicação desta espécie de prescrição penal, também denominada de prescrição por antecipação, projetada ou em perspectiva, onde se declara antecipadamente a prescrição retroativa, com base na pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a sanção que seria, em tese, imposta ao agente por ocasião da futura sentença penal condenatória.

¹⁶² BRACK, Karina. Do instituto da prescrição penal no âmbito da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos:** doutrina e jurisprudência. p. 120.

¹⁶³ BRACK, Karina. Do instituto da prescrição penal no âmbito da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos:** doutrina e jurisprudência. p. 120

Está espécie de prescrição não utiliza como base para o cálculo do prazo prescricional nem a pena máxima em abstrato, nem a pena *in concreto*. Utiliza-se uma possível pena que será aplicada ao acusado. Ou seja, na realidade há uma suposição de imposição de pena (caso seja condenado ao final do processo), e assim justifica-se o reconhecimento da prescrição como fito de limitar a atuação de um processo que fatalmente não será eficiente na busca da persecução penal.¹⁶⁴

Essa espécie de prescrição ainda tem sua aplicação em primeiro grau de jurisdição, ainda que de forma acanhada, e sofre uma dura crítica em especial dos Tribunais Superiores.¹⁶⁵

A principal crítica a essa espécie de prescrição é a completa ausência de previsão legal, sendo que foi criada pela doutrina e jurisprudência.

A defesa da aplicação da prescrição virtual está lastreada na busca de uma efetividade ao processo, pois a tramitação de um processo que fatalmente acarretará no reconhecimento da prescrição, além de atravancar todo o Poder Judiciário, tal entendimento vai de encontro com o princípio da jurisdição e da celeridade.

2.4.2 Prescrição da Pretensão Executória

Em que pese ser o objeto central do presente trabalho a análise garantista da redução de aplicabilidade da prescrição da pretensão punitiva na sua forma retroativa, necessitamos tecer breves comentários acerca da prescrição da pretensão executória para que não haja um hiato nas espécies de prescrição ora apresentadas.

Enquanto na prescrição punitiva a contagem do prazo prescricional ocorre até o trânsito em julgado, a prescrição executória ocorre após o trânsito em julgado, sendo que a partir deste marco, o Estado detentor do direito de

¹⁶⁴ FAYET JÚNIOR, Ney. PICCOLI, Fernando. Da prescrição penal retroativa: análise crítica das alterações trazidas pela Lei 12.234 de 2010. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**. p. 160

¹⁶⁵ Nesse sentido, o STJ editou a súmula 438 com a seguinte redação: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

punir, passa a ter um poder-dever de executar uma pena imposta ao autor de uma infração penal reconhecida pelo Poder Judiciário.¹⁶⁶

A prescrição da pretensão executória é analisada com base na pena *in concreto*, utilizando-se os mesmos prazos descritos no artigo 109 do Código Penal.

Pelo que se vê, os prazos prescricionais são os mesmos que previstos para a prescrição da pretensão punitiva, estabelecidos no artigo 109 do CP. No entanto, ao contrário de ser tomar por base a pena máxima cominada para o delito, considera-se a pena fixada na sentença condenatória.¹⁶⁷

Verifica-se assim que o Estado detentor do poder punitivo tem um prazo para impor uma sanção penal, e após a decisão transitada em julgado, o Estado passa a ter um prazo predeterminado para o cumprimento da decisão judicial sob pena de perder esse direito.

2.4.3 Do prazo prescricional da prescrição da pretensão punitiva retroativa

Para que seja realizada a contagem do prazo prescricional, e para que não haja nenhuma espécie de balburdia no seu regramento tanto o marco inicial bem como as hipóteses de suspensão e interrupção do prazo prescricional estão previstos na legislação.

Os marcos iniciais para a contagem do prazo prescricional estão elencados nos artigo 111¹⁶⁸ e artigo 112¹⁶⁹ ambos do Código Penal, sendo

¹⁶⁶ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. p. 106

¹⁶⁷ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição penal**. p. 119

¹⁶⁸ Artigo 111 do Código Penal - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

¹⁶⁹ Artigo 112 do Código Penal- No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

que as causas do artigo 111 correspondem ao início do prazo prescricional da pretensão punitiva, e o artigo 112 do Código Penal para o início do prazo da prescrição executória.

Importante também ressaltar que a prescrição, qualquer que seja a sua modalidade admite a suspensão ou a interrupção da fluência do prazo, sendo que quando ocorrer uma hipótese de suspensão¹⁷⁰ o prazo prescricional não poderá fluir enquanto aquela causa suspensiva existir, e assim que essa causa for dirimida a contagem do prazo continuará de onde parou.¹⁷¹

Contudo quando ocorrer alguma hipótese de interrupção¹⁷² a contagem do prazo prescricional deverá ser iniciada novamente a partir dessa causa interruptiva, ou seja, a partir da causa (prevista na legislação) que interrompeu o prazo prescricional cessa a contagem, e esta começa a fluir a partir de então do zero.¹⁷³

Como verificamos acima, a contagem do prazo da prescrição retroativa, sempre deve partir de uma pena já determinada por uma decisão judicial,

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

I - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

¹⁷⁰ Artigo 116 do Código Penal - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

I - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

É importante esclarecer que há na legislação outras previsões legais de suspensão do prazo prescricional, por exemplo durante a suspensão condicional do processo, ou da expedição de uma citação rogatória.

¹⁷¹ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição penal**. p. 100

¹⁷² Artigo 117 do Código Penal: - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II - pela pronúncia; III - pela decisão confirmatória da pronúncia; IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI - pela reincidência.

¹⁷³ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição penal**. p. 94 e 95

tendo em vista que, caso ainda não haja uma decisão (ainda que recorrível) poderá ocorrer outras hipóteses de prescrição, mas não na forma retroativa.¹⁷⁴

Para fins de exemplificação na forma de contagem da prescrição retroativa podemos utilizar o seguinte caso: O sujeito “A” praticou um crime de sequestro (artigo 148 do Código Penal¹⁷⁵), sendo que a pena é de um a três anos. O crime ocorreu no dia 02/01/10 após a conclusão do inquérito policial, o Representante do Ministério Público ofereceu denúncia no dia 05/02/2010. A denúncia foi recebida no dia 05/03/2010. Após toda a instrução criminal sobreveio sentença condenatória, que foi publicada no dia 17/06/2014, impondo um apena de 1 ano de reclusão. As partes não apresentaram recurso, ocorrendo o trânsito em julgado no dia 22/06/2014.

No presente caso verifica-se que não há a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em abstrato (pois o prazo prescricional é calculado de acordo com a pena máxima em abstrato, sendo que nesse caso o prazo prescricional seria de 8 anos). Também impossível a prescrição superveniente pois não há recurso de qualquer das partes.

Da mesma forma não podemos falar em prescrição virtual, pois esta não é acatada pela maioria da jurisprudência por ausência de previsão legal. De igual forma não podemos argumentar pela prescrição da pretensão executória pois o prazo prescricional ainda não se operou.

Contudo no presente caso ocorreu a prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa.

Como a sentença condenatória impôs uma pena de 1 ano de reclusão, o prazo prescricional na forma retroativa é calculado com a pena *in*

¹⁷⁴ Caso haja recurso exclusivo da defesa, o artigo 617 do CPP proíbe a *reformatio in pejus*, ou seja, que a pena seja agravada diante de um recurso exclusivo da defesa. nesse caso é possível a aplicação da prescrição na modalidade retroativa visto que a decisão, caso seja alterada só beneficiará o réu.

¹⁷⁵ Artigo 148 do Código Penal - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos.

concreto, e conforme o artigo 109, inciso V do Código Penal¹⁷⁶ o prazo prescricional será de 4 anos.

Analisando o processo para o passado, desde a data da publicação da sentença¹⁷⁷, até a data do recebimento da denúncia¹⁷⁸ sua tramitação ultrapassou o prazo de 4 anos, operando a prescrição em sua forma retroativa, com a conseqüente extinção da punibilidade do acusado, não recaindo sobre seus ombros qualquer responsabilidade no âmbito penal.

2.5 PRESCRIÇÃO PENAL NA LEI Nº 12.234/2010

A prescrição da pretensão retroativa historicamente somente poderia ser aplicada até a data do recebimento da denúncia. Após a reforma da parte geral do Código Penal de 1984, a prescrição retroativa passou a incidir também no lapso temporal anterior ao recebimento da denúncia ou queixa até a data da consumação do crime.¹⁷⁹

Entendeu por bem o legislador da reforma do Código Penal punir o Estado pela morosidade na investigação de um delito aplicando a prescrição retroativa também no lapso temporal entre o recebimento da denúncia e a consumação de delito.

Na contramão da reforma o Projeto de Lei nº. 1.383/2003, de autoria do Deputado Antônio Carlos Biscaia, que alterou significativamente a prescrição penal no Brasil, passou a tramitar na Câmara dos Deputados em 2 de julho de 2003. O seu objetivo inicial era o de extinguir a chamada prescrição

¹⁷⁶ Artigo 109 do Código Penal A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

¹⁷⁷ Artigo 117 do Código Penal - O curso da prescrição interrompe-se:

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis

¹⁷⁸ Artigo 117 do Código Penal - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

¹⁷⁹ FAYET JÚNIOR, Ney. PICCOLI, Fernando. **Da prescrição penal retroativa: análise crítica das alterações trazidas pela Lei 12.234 de 2010.** In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.** p. 153

retroativa, uma vez que o texto original estabelecia como termo inicial da prescrição retroativa data imediatamente posterior à da publicação da sentença ou acórdão.¹⁸⁰

O projeto detinha como a grande fundamentação para a sua aprovação a busca por justiça, em especial os delitos contra a propriedade e de corrupção, onde não raras vezes (pela pena ser relativamente pequena) era corriqueira a prescrição penal.

A prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração.

É sabido que essa casta de crimes (p. ex. o estelionato e o peculato) reclama uma difícil apuração, em regra exigindo que as autoridades se debrucem sobre uma infinidade de documentos, reclamando, ainda, complexos exames periciais, o que acaba redundando, quase sempre, em extinção da punibilidade, mercê da prescrição retroativa, que geralmente atinge justamente o período de investigação extra-processual.

Pior, os grandes ataques ao patrimônio público, como temos visto ultimamente, dificilmente são apurados na gestão do mandatário envolvido, mas quase sempre acabam descortinados por seus sucessores. Assim, nesse tipo de crime específico, quando apurada a ocorrência de desfalque do erário, até quatro anos já se passaram, quando, então, tem início uma intrincada investigação tendente a identificar os protagonistas do ilícito penal, o que pode consumir mais alguns anos, conforme a experiência tem demonstrado.

Outrossim, o instituto em liça é potencial causa geradora de corrupção, podendo incitar autoridades a retardar as investigações, providências, ou decisões, a fim de viabilizar a causa extintiva da punibilidade.¹⁸¹

¹⁸⁰ FAYET JÚNIOR, Ney. PICCOLI, Fernando. **Da prescrição penal retroativa: análise crítica das alterações trazidas pela Lei 12.234 de 2010.** In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.** p. 154

¹⁸¹ PL 1.383/2003, disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A77F8D5FE5EEA5DE371D1BF13332D36A.proposicoesWeb1?codteor=144916&filename=PL+1383/2003. Acesso em: 08 de agosto de 2014. p. 2

O interessante é que no próximo parágrafo da fundamentação do Projeto de Lei nº 1.383/2003 há um outro argumento que busca a extirpação da prescrição retroativa almejada pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia do PT/RJ.

Por último, a pena diminuta de vários crimes, aliado ao grande número de feitos que se acumulam no Poder Judiciário – considerando-se, inclusive, a possibilidade de recursos até os Tribunais Superiores, bem como o entendimento de que as suas decisões confirmatórias da condenação não interrompem o curso do prazo prescricional, tornando tais crimes, na prática, não sujeitos a qualquer punição, o que seguramente ofende o espírito da lei penal.

Desse modo, o dispositivo de lei mencionado tem beneficiário determinado: o grande fraudador ou o criminoso de alto poder aquisitivo, capaz de manipular autoridades e normas processuais, por meio de infundáveis recursos.

Ademais, o instituto da prescrição retroativa, além de estar protagonizando uma odiosa impunidade, cada vez mais tem fomentado homens mal intencionados a enveredarem pelo ataque ao patrimônio público, cômicos de que se eventualmente a trama for descoberta a justiça tardará e, portanto, não terá qualquer efeito prático.¹⁸²

A principal medida que fundamenta o projeto é a busca por impunidade, contudo o próprio autor deixa claro que essa impunidade é também reflexo da ausência de estrutura digna frente a atual demanda do Poder Judiciário.

Seguindo a tramitação regular, o projeto recebeu parecer favorável pela constitucionalidade da Comissão de Constituição e Justiça, sendo que quando da apresentação ao plenário para julgamento houve a propositura de 8 emendas. Contudo a emenda apresentada pelo Deputado Fernando Coruja PPS/SC merece relevância, pois esta que assegurava a existência da prescrição retroativa, contudo limitava a sua aplicação a determinado período na persecução penal (até o recebimento da denúncia ou queixa).¹⁸³

¹⁸² PL 1.383/2003, disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A77F8D5FE5EEA5DE371D1BF13332D36A.proposicoesWeb1?codteor=144916&filename=PL+1383/2003. Acesso em: 08 de agosto de 2014. p. 2 e 3

¹⁸³ Emenda apresentada por Fernando Coruja. Disponível em (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=439837&filename=EMP+4/2007+%3D%3E+PL+1383/2003). Acesso em 08 de setembro de 2014. A redação original do Projeto de Lei desloca o termo inicial da contagem do prazo prescricional da data do fato para o data da publicação da sentença transitada em julgado. A inovação faz com que o Estado, a despeito de sua ineficiência para o julgamento dos réus que processa, retire o benefício da prescrição da

O texto foi encaminhado ao Senado, onde através de emendas a redação original extirpando do mundo jurídico a prescrição retroativa foi aprovado. Diante da alteração no Senado o Projeto retornou a Câmara, onde a emenda recebeu parecer negativo¹⁸⁴ da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, sendo aprovado em definitivo o texto aprovado pelos Deputados.¹⁸⁵

De toda a regular tramitação do Projeto de Lei nº 1.383/2003 acabou por alterar significativamente a prescrição penal no Brasil, em especial a prescrição retroativa e o prazo prescricional para infrações penais punidas com uma pena menor que um ano.

Com a alteração promovida pela Lei nº 12.234/2010 todo e qualquer crime punido com pena menor de um ano de prisão prescreverá em 3 anos, ressalta-se que até a alteração legislativa o prazo prescricional era de 2 anos. Essa alteração acaba incidindo sobre toda e qualquer espécie de prescrição, seja da pretensão punitiva ou executória.

Contudo a alteração no artigo 110 do Código Penal apresenta-se como mais invasiva aos direitos fundamentais do cidadão, visto que não elimina por completo a prescrição retroativa como era o projeto inicial, contudo limita a sua aplicação em data anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.

defesa, apoderando-se dela como dono do tempo do réu. Atualmente, por exemplo, há previsão de 20 anos para que o Estado profira decisão sobre um crime cuja pena máxima seja de 12 anos. A despeito da longevidade, este tempo não tem sido suficiente para que o Judiciário dê uma resposta ao caso sub judice. Com a aprovação do Projeto de Lei, este mesmo Estado se serviria de uma fórmula para mascarar sua ineficiência, elastecendo o prazo prescricional e, desta forma, garantiria, a prolação da sentença em tempo legal. Entretanto, este artifício não garante a agilização do procedimento, o que faz o Código Penal perca um dos seus objetivos: o caráter pedagógico pela contemporaneidade da pena aplicada. O escopo desta emenda serve à amenização deste critério de contagem para a prescrição, considerando o seu termo inicial como o dia da denúncia ou queixa, a fim de que se garanta ao réu a segurança jurídica devida. Neste sentido, peço aos nobres pares o apoio na aprovação da presente emenda.

¹⁸⁴ O parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania foi elaborado pelo Deputado Eduardo Cunha: Caso o Poder Judiciário passe vinte anos para julgar um caso, não poderia reconhecer a prescrição ocorrida durante o processo, porque o parágrafo primeiro estaria vedando. Então haveria uma espécie de suspensão do prazo prescricional durante o processo penal. A identidade dos fatos previstos no *caput* e no parágrafo primeiro, proposto pelo Senado, faz a Emenda injurídica; e a suspensão do prazo prescricional, em situações em que o Estado deveria e poderia agir, além de inconstitucional e antijurídica quando analisada a prazos longos, deve ser rejeitada, no mérito, quando aos prazos curtos.

¹⁸⁵ FAYET JÚNIOR, Ney. PICCOLI, Fernando. **Da prescrição penal retroativa: análise crítica das alterações trazidas pela Lei 12.234 de 2010.** In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.** p. 155

A prescrição retroativa apresenta-se também como uma forma de limitação do poder estatal, e a imposição realizada pela Lei nº 12.234/2010 causa um sério retrocesso em um direito fundamental, principalmente porque fundamentada na cessação da impunidade causada pela demora estatal na resolução de uma investigação policial e um processo penal dentro de um tempo razoável.

CAPÍTULO 3

DA SUBSTANCIAL INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA À LUZ DO GARANTISMO PENAL

Como já analisado, a Constituição brasileira desempenha papel fundamental na busca pela proteção dos direitos fundamentais, ressaltando que além da sua previsão expressa, o entendimento destes direitos como cláusulas pétreas, garante a sua inalterabilidade.

A partir deste norte e entendendo que a prescrição penal figura como uma garantia constitucional a sua alteração, ainda que parcial, pode vir a ser caracterizada como inconstitucional. Esta é a intenção deste terceiro capítulo.

3.1 QUANDO A INEFICIÊNCIA DO *JUS PUNIENDI* SE TRANSFORMA EM COMBATE À IMPUNIDADE: ANÁLISE CRÍTICA DA LEI Nº. 12.234/2010

O principal argumento utilizado de justificação ao Projeto de lei nº 1.383/2003, como demonstrado anteriormente, é que a prescrição penal representaria à população, em especial a prescrição retroativa, o sinônimo de impunidade ao autor de um fato típico, ilícito e culpável.

A fundamentação elaborada no projeto de lei não é solitária, sendo tratada no meio jurídico por alguns doutrinadores também como sinônimo de impunidade.¹⁸⁶

A prescrição é a consagração da pacificação do conflito criminal pelo tempo, mas não é justo para as vítimas e para a sociedade civil, que num sistema onde as partes utilizam os recursos processuais para conseguir a prescrição, nada seja feito. É um direito das vítimas e de

¹⁸⁶ Neste sentido: CALHAU, Lélío Braga. **Prescrição dos crimes no Brasil: Sinônimo de Impunidade**. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=112>. Acesso em 15/09/2014

seus familiares que as pessoas que lhes tenham prejudicado sejam levados a um julgamento pelo Estado.¹⁸⁷

Entende-se que é incorreto tratar a ineficiência do Estado (que deveria ser rápida e justa) na punição de um ilícito penal como um sinônimo de injustiça. As teorias que fundamentam a existência da prescrição penal utilizam o tempo como manutenção do Direito de punir do Estado, ainda que por diferentes motivos, não como busca da ausência de punição, mas sim por tratar-se de um direito de todo o indivíduo de que caso seja acusado, o seu processo transcorra dentro de um prazo razoável.

Um processo demasiadamente longo pode sim acarretar uma injustiça, pois o indivíduo ficaria sob a espada de Dâmocles durante um longo período, sendo que, ao final, poderia ser reconhecida sua completa inocência. Necessário haver um regramento razoável para que ninguém fique a mercê do processo sem-fim, e aí é que se apresenta o direito fundamental à prescrição penal.

A injustiça está intimamente ligada à morosidade ao Estado. Essa morosidade é verificada tanto na fase extrajudicial, como na fase judicial da persecução penal. Esta morosidade ou muitas vezes omissão do Estado acaba por desencadear todo o processo.

[...] as conseqüências da morosidade consistem na instabilidade jurídica, gerando a injustiça e impunidade. A falta de punição ressalta a descrença no sistema penal, deixando o sistema jurídico sem credibilidade. O Estado tirou das mãos do cidadão o poder de autotutela, mas não consegue fazer com que as violações aos direitos sejam sancionadas garantindo segurança aos cidadãos.¹⁸⁸

Esta constatação deve ser feita para que se entenda que a prescrição não é, e não pode ser tratada como sinônimo de impunidade pela sociedade.

Está-se diante de uma realidade em que as instituições, deixam de atuar em face da ausência de uma estrutura minimamente suficiente ao fim que se destina. Além de mais policiais com estrutura para o trabalho, necessário

¹⁸⁷ CALHAU, Lélío Braga. **Prescrição dos crimes no Brasil: Sinônimo de Impunidade**. p.1

¹⁸⁸ de OLIVEIRA, Monique Pimentel. **CELERIDADE PROCESSUAL: O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA DECISÃO EM PRAZO RAZOÁVEL NO PROCESSO PENAL**. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/23.pdf> acesso em 15/09/2014. p. 19

também um Ministério Público forte e presente também em número compatível com a demanda, e por fim um Poder Judiciário aparelhado com corpo de servidores (juízes, analistas e técnicos judiciários) capaz de reduzir o número crescente de processos que diariamente são distribuídos.

A impunidade deve ser sim ser preocupação do legislador. Todavia, não é extinguindo a prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia que se afastará a impunidade, mas sim se investindo em aparato policial, por via de uma estrutura ágil e eficiente, e que, concomitantemente, respeite os preceitos constitucionais durante a investigação, a fim minimizar a impunidade.

Ainda que se possa questionar acerca da existência do instituto da prescrição retroativa, genuinamente brasileiro, não podemos deixar de afirmar ser mais uma falácia demagógica a afirmação de que a extinção da prescrição retroativa entre o fato e o recebimento da denúncia se justifica em face de uma causa de impunidade.¹⁸⁹

Com a alteração promovida pela Lei nº 12.234/2010, fica o questionamento quanto a quem ganha com isso, visto que a primeira vista pode-se entender que perde o cidadão visto que a reforma trará pouco benefício prático na eliminação da impunidade, assim como poderá propiciar ao cidadão a possibilidade de ser vítima de uma investigação indevida por um prazo irrazoável¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Ferrari, Eduardo Reale; FLORÊNCIO, Heidi Rosa. **A extinção da prescrição retroativa e a ilusão penal.** *Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 18: 04-05.* Disponível em: <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/A%20extin%C3%A7%C3%A3o%20da%20prescri%C3%A7%C3%A3o%20retroativa%20e%20a%20ilus%C3%A3o%20penal.pdf> Acesso em: 15 de setembro de 2014.p. 3

¹⁹⁰ Entende Ferrari, Eduardo Reale; FLORÊNCIO, Heidi Rosa. **A extinção da prescrição retroativa e a ilusão penal.** p. 4 e 5. O prazo de 30 dias para terminar o inquérito policial em caso de réu solto, previsto no art. 10, do Código de Processo Penal, que já não era observado antes da vigência da nova lei, passará a ser motivo de piada, pois não se saberá sequer quanto tempo demorará um inquérito policial, que, de acordo com a alteração da redação do Código Penal, ficou totalmente isento de regulamentação. Como se vê, tenta-se resolver um problema (impunidade) de modo inadequado, por meio da criação de outro (legitimidade da morosidade na fase investigativa). A nosso ver, mais uma vez o legislador, em ano eleitoral e de forma demagógica, optou pelo caminho mais curto, iludindo a população sob o argumento de que tal alteração tentará acabar com a impunidade.

3.2 ANÁLISE DAS RESTRIÇÕES À GARANTIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DETERMINADA PELA LEI 12.234/2010

A alteração gerou ao operador do direito uma restrição na aplicação da prescrição retroativa em datas anteriores ao oferecimento da denúncia ou queixa, ampliando assim de sobremaneira o prazo de investigação.

Para fins de análise da alteração analisar-se-á um caso hipotético. Preconiza o artigo 155, parágrafo 4º, inciso IV do Código Penal, que o furto praticado em concurso de pessoas (duas ou mais pessoas) será punido com pena de reclusão de 2 a 8 anos.

É cediço que somente pode-se falar em prescrição retroativa caso haja uma decisão condenatória.

Pois bem, para fins didáticos, é necessário partir-se de alguns dados no caso hipotético, imagina-se que: o crime foi consumado no ano de 2005; já a denúncia foi recebida em 2010; a publicação da sentença condenatória ocorreu no ano de 2012, quando foi imposta uma condenação de 3 anos de prisão; houve recurso ao Tribunal de Justiça sendo que o acórdão que confirmou a sentença condenatória foi proferido em 2014, e reduziu a pena aplicada para 2 anos.

Inicialmente há a necessidade de se avaliar a prescrição da pretensão punitiva em sentido estrito, onde se busca o prazo prescricional analisando a pena máxima em abstrato para o crime, que é de 8 anos como se viu acima. Neste norte, pode-se afirmar que o prazo prescricional inicial é de 12 anos conforme o artigo 109, inciso III, do Código Penal¹⁹¹.

Como o crime ocorreu em 2005, temos que a partir daí inicia-se o prazo prescricional¹⁹².

¹⁹¹ Art. 109 do Código Penal. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito.

¹⁹² Art. 111 do Código Penal - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I - do dia em que o crime se consumou;

Verifica-se que da data da prática do crime, até o dia do recebimento da denúncia¹⁹³, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva em sentido estrito, pois só se passaram 5 anos, e seria necessário para prescrever 12 anos.

Iniciada a instrução criminal, até a publicação da sentença¹⁹⁴, não operou a prescrição penal, muito menos com o recurso e julgamento pelo Tribunal de Justiça.

Contudo, a partir da sentença condenatória, que no exemplo já poderia alterar o prazo prescricional, caso não houvesse recurso da acusação. Uma vez que a sentença condenatória impôs uma condenação de 3 anos, o prazo prescricional também seria alterado, passando a ser de 8 anos¹⁹⁵.

Mesmo com essa alteração, pode-se verificar que não houve a chamada prescrição da pretensão punitiva em sentido estrito.

Contudo, no exemplo, em sede de Apelação, o Tribunal de Justiça alterou a pena imposta e estipulou como pena final 2 anos de prisão.

Existindo o trânsito em julgado, pode-se analisar agora, com a pena *in concreto*, se o Estado cumpriu seu dever de impor o *jus puniendi* dentro do prazo que lhe cabe.

Passa-se agora a analisar a prescrição da pretensão punitiva na sua forma retroativa.

Com a pena final em 2 anos de prisão, pode-se afirmar que o prazo prescricional na sua forma retroativa será de 4 anos¹⁹⁶.

¹⁹³ Art. 117 do Código Penal - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

¹⁹⁴ Art. 117 do Código Penal - O curso da prescrição interrompe-se: IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

¹⁹⁵ Art. 109 do Código Penal - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro.

¹⁹⁶ Art. 109 do Código Penal - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade

Entre a data do julgamento da apelação pelo Tribunal de Justiça, e consequente trânsito em julgado¹⁹⁷, até a publicação da sentença passaram-se 2 anos, possibilitando a conclusão acerca da não verificação da prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa.

Igualmente, não ocorreu a prescrição retroativa entre a publicação da sentença condenatória¹⁹⁸ e o recebimento da denúncia¹⁹⁹, pois o procedimento penal perdurou por 2 anos, conforme dados acima.

Até o presente momento, no caso hipotético, a prescrição não se operou, uma vez que o trâmite processual transcorreu dentro do que preceitua a lei como razoável de acordo com os prazos preestabelecidos.

Contudo, se ao analisarmos o momento entre a prática do crime (consumação)²⁰⁰ e o recebimento da denúncia²⁰¹, no caso expresso acima, já se verificaria o transcurso de um período de 5 anos (de 2005 – data do fato, até 2010 – data em que a denúncia foi recebida), e, consequentemente, a concluir pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na sua forma retroativa.

O Estado tinha, segundo os ditames legais, 4 anos para investigar o crime, e após concluir o inquérito policial, encaminhar a investigação ao representante do Ministério Público para que fosse formulada a competente denúncia, mas esses atos ultrapassaram o prazo estipulado em lei.

cominada ao crime, verificando-se: V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

¹⁹⁷ Art. 112 do Código Penal - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

¹⁹⁸ Art. 117 do Código Penal - O curso da prescrição interrompe-se: IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

¹⁹⁹ Art. 117 do Código Penal - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

²⁰⁰ Art. 111 do Código Penal - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I - do dia em que o crime se consumou;

²⁰¹ Art. 117 do Código Penal - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

Neste caso hipotético apresentado, pode-se perceber de que forma a alteração da legislação importou em significativa redução da incidência da prescrição retroativa.

A alteração promovida pela Lei nº. 12.234/2010 reduz significativamente essa garantia do cidadão, de ser investigado e denunciado dentro de um prazo razoável, prazo este imposto pela legislação (prazo prescricional).

Com esta alteração legislativa, o prazo para que seja realizada a investigação policial e o oferecimento da denúncia em um caso análogo ao acima pode durar até 12 anos²⁰², sem que haja qualquer consequência para o direito de punir. Este prazo legal, elástico, para atuação dos órgãos repressivos do Estado não se revela razoável e proporcional.

Imperioso ressaltar neste momento que, em face do disposto no artigo 2º do Código Penal²⁰³, e artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal²⁰⁴, a Lei nº 12.234/2010 não pode ser aplicada para processos em trâmite, ou contra fatos que ocorreram antes da sua publicação em face do princípio da irretroatividade da lei penal.

Entendemos, por fim, que a Lei 12.234, em virtude de suas inovações desfavoráveis aos acusados, não tem aplicabilidade às ações penais em curso, só passando a vigorar para os fatos ocorridos a partir do dia 06 de maio de 2010, quando de sua publicação. A prescrição está inclusa no âmbito do direito material, e por isso as alterações legislativas nessa matéria serão obrigatoriamente submetidas ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal, salvo nos casos benéficos ao réu.²⁰⁵

²⁰² Com a eliminação da prescrição retroativa em data anterior ao oferecimento da denúncia, ainda aplica-se a prescrição penal na fase pré processual, contudo somente impera a prescrição da pretensão punitiva em sentido estrito, calculando-se com a pena máxima em abstrato, e no caso analisado neste tópico, seria de 12 anos tendo em vista o disciplinado no artigo 109, inciso III do Código Penal.

²⁰³ Art. 2º do Código Penal - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

²⁰⁴ Art. 5º da Constituição Federal – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

²⁰⁵ FAYET JÚNIOR, Ney. PICCOLI, Fernando. **Da prescrição penal retroativa**: análise crítica das alterações trazidas pela Lei 12.234 de 2010. p. 164

Diante do exemplo acima verifica-se que a alteração legislativa que reduziu a aplicabilidade da prescrição retroativa em datas anteriores ao oferecimento da denúncia trás um prejuízo ao cidadão, pois há uma ampliação do prazo para o Estado investigar um delito. E, diante desse prejuízo, deve ser aplicado o princípio da irretroatividade da lei penal para os fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 12.234/2010.

3.3 DEBATE PROVOCADO PELO SURGIMENTO DA NORMA

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.234/2010, não houve a supressão total da prescrição retroativa, mas sim, uma limitação de sua incidência; esta alteração foi motivada, como se viu, pela própria incapacidade do Estado de exercer o *jus puniendi* nos limites fixados pela legislação.

Há doutrinadores que, diante da alteração legislativa, não veem nela qualquer incompatibilidade com a ordem constitucional vigente. Segundo essa corrente, a fixação do alcance da prescrição retroativa está sujeita à reserva de lei infraconstitucional e, por conseguinte, a sua redução encontra-se no âmbito do espaço de conformação confiado pela constituição ao legislador.

A Lei nº. 12.234/2010 eliminou o §2º deste artigo, que previa o cômputo da prescrição retroativa entre a data do fato e a do recebimento da peça acusatória. Aliás, deixou bem clara essa opção diante da nova redação dada ao *caput* do art. 110. Restringiu-se o alcance da prescrição da pena concreta, mas não se eliminou o benefício. Os crimes em geral, salvo racismo e ação de grupos armados contra o Estado Democrático (previstos como imprescritíveis pela CF), continuam prescritíveis. Por isso, não vislumbramos inconstitucionalidade na reforma penal elaborada neste artigo.²⁰⁶

Corroborando o entendimento acima, os defensores²⁰⁷ da alteração legislativa ora em comento atestam que a prescrição retroativa ainda existe no ordenamento, havendo tão-somente a supressão de período anterior ao

²⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.. p. 608

²⁰⁷ Dentre os defensores destacam-se Guilherme de Souza Nucci, Cleber Masson.

oferecimento da denúncia. Em contrapartida, reconhece-se que existem doutrinadores²⁰⁸ que não entendem desta forma.²⁰⁹

Com essa alteração, pode-se verificar que somente é atribuído uma hipótese de incidência de prescrição retroativa, direcionada tão somente ao Poder Judiciário, como se este fosse o principal responsável pela ocorrência da prescrição penal.

Em contrapartida, com a alteração legislativa, um cidadão poderá ser investigado por crime durante quase 20 anos e, depois de decorrido todo esse tempo, ser “surpreendido” com a acusação que desencadeará o início do processo penal. Apesar de todo este período de inação do Estado, ainda assim, a valer a lei em comento, até o ajuizamento da demanda, ainda não se teria começado o prazo da prescrição retroativa.

O que fica estipulado com a alteração proporcionada pela Lei nº 12.234/2010, é que a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa não pode ser aplicada na fase policial, até o momento em que o titular da ação penal não deflagra o respectivo processo-crime. Trata-se de uma chancela estatal à morosidade das instâncias de investigação durante a fase extraprocessual.

Pois a Lei 12.234/2010 passou a proibir o reconhecimento dessa prescrição entre a prática do fato delituoso e o recebimento da denúncia, permitindo, dessa forma, que polícia e Ministério Público possam retardar, impunemente, as investigações criminais, bem como o início da ação penal em até vinte anos. Como destaca Pietropaolo Bottini, “não se questiona aqui, no entanto, a pertinência dos prazos prescricionais, a dificuldade de investigações, e sua eventual contribuição para a impunidade. O que se discute, em verdade, é a racionalidade de estabelecer prazos prescricionais distintos para situações factualmente idênticas – o mesmo crime antes e depois do recebimento da denúncia – e de se estabelecer prazos idênticos para situações factualmente distintas – crimes diferentes, praticados por agentes distintos, com culpabilidade e reprovabilidade em graus diferenciados terão o mesmo prazo prescricional regulado pela pena máxima em abstrato.” Na realidade, a não individualização dos prazos prescricionais tanto quanto a não

²⁰⁸ Dentre os opositores podemos ressaltar Cezar Roberto Bittencourt, André Estefam, Victor Gonçalves e Celso Delmanto.

²⁰⁹ ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 704

individualização da pena configuram resposta *desproporcional* ao equiparar infrações graves e leves.²¹⁰

No entanto, observa-se que esta escolha legislativa pode se revelar como não sendo a melhor estratégia a ser adotada para a repressão da criminalidade e como consequência em suavizar a sensação de impunidade.

Com a alteração legislativa e a supressão da modalidade da prescrição retroativa em relação ao período extrajudicial, ampliou-se sobremaneira o tempo em que o infrator fica sujeito à ação do Estado em exercer seu *jus puniendi*.

Infundadas são as razões que visam a dar suporte à alteração legislativa, e ainda mais grave a sua promulgação frente aos ditames da teoria garantista, deixando sem qualquer segurança o cidadão que pode sofrer uma investigação por um prazo desproporcional. Tem-se, pois, que se está diante de um instituto que visa a legitimar a morosidade administrativa (na atividade de investigação e de apuração de fatos tidos como criminosos). Ferrari chama a atenção para o fato de que, ao se tentar resolver um problema (impunidade), o Estado acaba por “oficializar” outro ainda mais grave (legitimidade da morosidade na fase investigativa)²¹¹.

Neste ponto, é importante esclarecer a inexistência, pelo menos momentânea, de precedentes judiciais sobre esse tema, pois tendo a alteração legislativa ocorrida no ano de 2010, ainda não houve tempo hábil para que fossem aplicadas as “novas” regras de prescrição retroativa, razão porque ainda não é possível empreender um esforço de levantamento jurisprudencial sobre a questão.

3.4 ANÁLISE CRÍTICA DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA, A PARTIR DO GARANTISMO PENAL

Partindo do pressuposto verificado acima de que a teoria do garantismo penal tem como função a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, e ainda, que a prescrição penal configura uma garantia constitucional, a sua parcial redução promovida pela Lei nº 12.234/2010 apresenta-se como ilegal.

²¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** : parte geral. p. 895

²¹¹ FERRARI, Eduardo Reale; FLORÊNCIO, Heidi Rosa. **A extinção da prescrição retroativa e a ilusão penal**. p. 4 e 5

3.4.1 Direito e garantia. Garantia é feita para que os direitos sejam protegidos

A teoria garantista utiliza a Constituição como um documento constituinte da sociedade e lhe dá um valor superior às demais fontes legislativas. A constituição serve como limitador formal e material aos demais regramentos.²¹²

Essa supervalorização da Constituição tem como fundamento a necessidade de existir um núcleo jurídico limitador, irredutível e fundamental capaz de estruturar a sociedade fixando as tarefas estatais, forma de resolução de conflitos, elencando limites materiais do Estado e garantias e direitos fundamentais.²¹³

O Estado enquanto garantidor dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos em sociedade deve ter como norte a edição de leis que viabilizem o seu pleno exercício, e não o contrário, conferido prerrogativas ao Estado para exercer o *jus puniendi* de forma desproporcional e contra os princípios constitucionais.

O garantismo penal, como se viu, utiliza e fundamenta sua teoria no núcleo jurídico forte que é a Constituição, assumindo por referência os direitos e garantias fundamentais nela existentes como condição de coexistência legítima e harmônica.

A distinção entre direitos e garantias tem especial relevância para a teoria do garantismo penal, pois um direito sem garantia perde totalmente a sua eficácia, deixando de servir ao propósito maior que é tutelar a vida em sociedade e limitar o poder punitivo estatal.

Ferrajoli ainda chama os direitos como “garantias primárias”, pois prevêm uma ordem - seja de fazer, ou ainda de não fazer -, e chama as garantias como “garantias secundárias” onde estas legitimam e fazem com que sejam devidamente cumpridas as “garantias primárias” (direitos).²¹⁴

²¹² ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p. 36

²¹³ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p. 36 e 37

²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. p. 35-36

A garantia serve como uma forma de proteger os direitos, limitando assim a atuação estatal. De acordo com Sérgio Cademartori, as garantias:

[...] são consideradas para esta teoria técnicas de limitação da atuação do estado no que respeita aos direitos fundamentais da liberdade e a técnicas de implementação daquela mesma ação no que diz respeito aos direitos sociais (por exemplo, o princípio da incolumidade do preso e da humanidade das penas em se tratando de liberdades; e a previsão legal dos pressupostos vinculantes com a identificação de órgãos e procedimento, no que diz com os direitos sociais).²¹⁵

Dentre os direitos existentes expressamente na Constituição Federal está que ninguém será preso senão por ordem da autoridade judiciária competente ou em caso de flagrante delito.²¹⁶ Este dispositivo constitucional reconhece a todo e qualquer cidadão o direito de não ser preso indevidamente, ou como prefere chamar Ferrajoli, uma “garantia primária”.

Importante, além do próprio direito ou “garantia primária”, é também a instrumentalização deste, ou seja, a possibilidade de que o cidadão possa cobrar efetivamente a proteção que a norma lhe proporciona.

No léxico político, quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico, e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e pelos direitos sociais e coletivos.²¹⁷

Além da “garantia primária”, a própria Constituição Federal apresenta uma garantia a este direito, que está expressada no artigo 5º, inciso LXVIII²¹⁸ da Constituição Federal, a “garantia secundária” de que qualquer pessoa poderá se valer do *habeas corpus* para combater uma prisão ilegal.

²¹⁵ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. 2006, p. 110

²¹⁶ Artigo 5º inciso LXI da Constituição Federal - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

²¹⁷ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. 2006, p. 110-111

²¹⁸ Artigo 5º inciso LXVIII da Constituição Federal - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

De nada adiantaria haver o direito de não ser preso indevidamente, se em contrapartida não houvesse alguma forma reconhecida ao cidadão de poder tutelar a ofensa a esse direito. Esse, pois, é o papel das garantias, efetivar o direito.

Cadernatori, desta forma, apresenta um conceito de direito, diferenciando-o assim de garantias nos seguintes termos:

Os direitos de liberdade, aos quais correspondem proibições ao estado, não têm o seu conteúdo predeterminado, nem o mesmo é determinável *a priori*. Aqui o que é determinado são os limites para o seu exercício (a proibição de caluniar ou difamar no exercício da liberdade de expressão, por exemplo), ou as condições que legitimam a sua limitação (ordem motivada da autoridade judiciária). Já nos direitos sociais, são determináveis os conteúdos, mas não os limites (sempre poderão surgir novos direitos desse tipo, dependendo das circunstâncias históricas de cada sociedade, bem como o seu desenvolvimento econômico e civil). E é pelo grau e quantidade de garantias adstritas a esses direitos que se pode medir a qualidade de uma democracia.²¹⁹

Ferrajoli ainda defende que a diferença entre direitos e garantias tem especial relevância, não somente em nível teórico, mas também em nível metateórico. No plano teórico, sustenta o autor:

Sobre o plano teórico, essa distinção comporta a afirmação de que o nexo entre expectativas e garantias não é um nexo empírico, mas um nexo normativo, que pode ser contraditado pela existência das primeiras e pela inexistência das segundas; e que, então, a ausência de garantias deve ser considerada como uma indevida lacuna, a qual é obrigação dos poderes políticos, internos e internacionais, completar; assim como as violações dos direitos por obra dos poderes públicos contra os seus cidadãos dever ser concebidas como indevidas antinomias, as quais é obrigatório sancionar como atos ilícitos ou anular como atos inválidos.

Ao sustentar que a todo direito (garantia primária) devem existir garantias (garantias secundárias) podemos afirmar que um não existe sem o outro, havendo uma dependência. Em matéria penal (e processual penal), a questão se revela ainda mais sintomática, porquanto a Carta Constitucional e os diplomas legais são pródigos no reconhecimento de direitos aos cidadãos sem que, no entanto, haja os correspondentes mecanismos institucionais para viabilizar a sua efetiva garantia.

²¹⁹ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. 2006, p. 109

Como corolário lógico desta perspectiva, no plano metateórico, reafirmamos que a distinção entre direito e garantia revela-se importante porque:

(...) comporta a afirmação de um papel não puramente descritivo, mas, sim, crítico e normativo da ciência jurídica nos confrontos com seu objeto: crítico nos confrontos com as lacunas e com as antinomias que ela tem o dever de revelar, e normativo em relação à legislação e à jurisdição a que ela impõe a sua completude ou a sua reparação.²²⁰

Como consequência necessária do reconhecimento de um determinado direito (garantia-primária) ao cidadão, necessário se faz a oportunização de garantias para que o direito seja realizável, seja do ponto de vista técnico (instrumentalização por parte do Estado no cumprimento daquele direito posto), bem como do ponto de vista político. Afirmar isto, significa dizer que é necessário que determinados direitos venham a ser igualmente assegurados através de garantias que ainda não foram elaboradas, buscando uma atuação do poder legiferante.²²¹

Verifica-se que, para além da consagração de direitos, é necessária a implementação de mecanismos de garantias aos cidadãos, pois há uma diferença abissal entre o direito e a realidade jurídica, ganhando especial relevância, para a matéria, o estudo e diferenciação entre as “garantias primárias” e “garantias secundárias”.

As garantias figuram como técnicas criadas pelo ordenamento jurídico com o fito de reduzir a divergência estrutural entre a normatividade e efetividade, oportunizando por conseguinte, a máxima efetividade dos direitos fundamentais.²²²

3.4.2 Análise da inconstitucionalidade da restrição, à luz da teoria garantista

Como analisado no primeiro capítulo, para o estudo da teoria garantista, Ferrajoli apresenta 10 axiomas, chamando de sistema de garantias (SG). No entanto, não há nenhum axioma que expresse, de maneira específica, o dever

²²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. p. 40-41

²²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. p. 41-42

²²² FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistema de garantias**. p. 100

de que processo judicial tramite em um prazo razoável (o problema dramático da relação entre tempo e processo penal).

Por conseguinte, não é possível afirmar que a teoria garantista exige a adoção de prescrição penal na sua modalidade retroativa. No entanto, é possível construir que sua limitação representa um óbice de índole constitucional.

Esta construção é possível a partir da análise específica de cinco axiomas do Sistema de Garantias do modelo de Ferrajoli, quais sejam: *Nullum crimen sine lege* (A2); *Nulla lex(poenalis) sine necessitate* (A3); *Nulla culpa sine iudicio* (A7); *Nulla accusatio sine probatione* (A9); *Nulla probatio sine defensione* (A10).

Defende-se aqui que, do conjunto da obra do jurista italiano, pode-se extrair subsídios para sustentar a existência de cinco violações substantivas decorrentes desta inovação legislativa. Parâmetros de aferição de constitucionalidade substantiva que serão analisados adiante.

Assim sendo, o garantismo constitui uma teoria com suficiente aptidão instrumental para avaliar as ações governamentais num confronto com seus postulados, que partem da idéia de Estado de Direito. Por esses pressupostos, a *eficácia* da ação político-econômica como critério de legitimação, próprio de uma social-democracia de massas com opinião pública meramente aclamativa, aparece como uma inversão de toda a tradição teórico-democrática, que propõe, acima da vontade de maiorias eventuais, o respeito aos valores fundantes da convivência social, plasmados nas Declarações de Direitos.²²³

Em um Estado de Direito, acima do respeito à posição da maioria, devemos subsunção à Constituição. Ainda que fundamentada no combate a impunidade, o que é louvável, não pode a Lei nº 12.234/2010 atentar contra os direitos fundamentais do cidadão.

²²³ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. 2006, p. 234.

3.4.2.1 Proibição de ofensa ao princípio da legalidade (*Nullum crimen sine lege* “válida”)

Quando se trata de direito penal, seja na exigência de cumprimento de uma norma incriminadora ou na aplicação de norma despenalizadora deve-se reverência ao princípio da legalidade, caracterizando assim o que está previsto apresentado no axioma A2 da Teoria Garantista elaborada por Ferrajoli.

A norma penal deve obrigatoriamente cumprir o devido processo legislativo constitucional para ser tida como válida e, portanto, dessa validade extrair sua força vigente.

No Brasil, a capacidade legiferante em matéria penal é reservada ao Congresso Nacional por força do artigo 22, inciso I da Constituição Federal “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

Contudo não basta que uma lei penal seja elaborada pelo Poder Legislativo Federal e siga todos os trâmites necessários para a sua elaboração. Necessita que a mesma tenha respeitado a todas as condições de validade substancial, ou seja, que seu conteúdo e significado estejam em plena consonância com os direitos fundamentais, sob pena de apesar de estar em vigor ser tida como uma lei inválida.²²⁴

Verifica-se aqui que não basta uma vigência formal, mas sim a norma penal necessita também de validade material para que seja considerada constitucional.²²⁵

Esta limitação do Poder Estatal não se restringe ao Poder Executivo, como pode transparecer num primeiro momento, mas vincula as demais funções estatais, principalmente o Poder Legislativo, que não possui (mais) um *cheque em branco*; o Poder Legislativo, na concepção *garantista*, também está limitado/balizado em seu conteúdo por fronteiras materiais, não podendo se afastar do contido materialmente na Constituição. E, os vínculos no *Estado Democrático de Direito*, de viés *garantista*, são de tal forma

²²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 806

²²⁵ ROSA, Alexandre Morais da; **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2011. p. 4

substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecidível. Isto é, nem mesmo por maioria se pode violar/negar os *Direitos Fundamentais* dos indivíduos.²²⁶

Em que pese haver um clamor público contra impunidade, tal qual fundamentou a restrição parcial da prescrição retroativa, o Poder Legislativo não pode se desvincular do dever constitucional de estrita observância dos Direitos Fundamentais.

A Lei nº 12.234/2010, apesar de ser uma lei vigente, não detém validade material pois reduz de sobremaneira a aplicabilidade da prescrição retroativa que, como vimos, figura como uma garantia do cidadão ante o poder punitivo Estatal.

Alexandre Moraes da Rosa explica que “os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos.”²²⁷, isto abre a possibilidade de se afirmar que não poderia haver uma redução da prescrição, ainda mais pelo legislador ordinário, pois a legislação para ter validade necessita de coerência com as normas superiores.²²⁸

Os *Direitos Fundamentais* formam a esfera do *indecidível*. O paradigma da democracia constitucional não é outro senão o da sujeição do Direito ao direito gerado por essa dissociação entre “vigência” e “validade”, entre “mera legalidade” e “estrita legalidade”, entre “forma” e “substância”, entre “legitimação formal” e “legitimação substancial”. Os *Direitos Fundamentais* funcionam, como parâmetro de (des)legitimação dos Estados. Ademais, esses *Direitos Fundamentais* estão garantidos por uma rigidez absoluta que impede que eventuais majorias os modifiquem, naquilo que a Teoria Constitucional preconiza como cláusulas pétreas (CR/88), art. 60, §4º, IV), como tais, invioláveis.²²⁹

²²⁶ ROSA, Alexandre Moraes da; **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos**. p. 6

²²⁷ ROSA, Alexandre Moraes da; **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos**. p. 11

²²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 808.

²²⁹ ROSA, Alexandre Moraes da; **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos**. p. 12

Assim quando o Constituinte Originário tratou expressamente dos delitos imprescritíveis, trouxe a prescrição penal para a esfera do indecidível não podendo haver alteração no sentido de supressão, ainda que parcial, por clara redução de aplicação dos Direitos Fundamentais. Destaca-se que a utilização do argumento decorrente da incapacidade do Estado de cumprir sua função, não pode ser aceito como fundamentação apta a reduzir o espaço de proteção do direito fundamental à prescrição.

3.4.2.2 Proibição de restrição irrazoável (*Nulla lex(poenalis) sine necessitate*)

Em um Estado de Direito todas as obrigações estão determinadas através de lei, sendo que para que haja uma espécie de liberdade da obrigação de agir conforme a norma determina é necessário a existência de outra norma revogando a anterior.

Pois bem, o Estado em matéria de prescrição penal até o dia 05 de maio de 2010 detinha a obrigação de investigar e oferecer a peça acusatória dentro de um prazo prescricional razoável, contabilizado de acordo com a pena *in concreto*. Com a vigência da Lei nº 12.234/2010, a polícia judiciária e o titular da ação penal passou a gozar de um prazo muito maior para a investigação e oferecimento da acusação.

Com a supressão da prescrição retroativa em data anterior ao oferecimento da denúncia pode-se verificar que houve um retrocesso no âmbito de proteção do cidadão, pois a garantia fundamental de ser investigado passou por uma dilatação do conhecido “prazo razoável”.

Trata-se, na verdade, de odioso e equivocado retrocesso imposto pelo legislador infraconstitucional com esse diploma legal, afrontando, além dos princípios da proporcionalidade (proibição de excesso) e da própria culpabilidade, a garantia constitucional da razoável duração do processo, conforme demonstraremos adiante. A irrazoável demora na investigação do processo, enfim, da *persecutio criminis* atinge diretamente a dignidade da pessoa humana (que não pode ficar *ad eterno* sob suspeita ou investigação estatal). Como efeito, a aplicação da pena depois de decorrido um longo período de tempo encontrará, com certeza, um acusado completamente modificado, distante, diferente daquele que praticou a infração penal; é como se fosse outro homem que estaria sendo julgado, e não aquele que cometeu a infração penal. Não se pode olvidar que em um Estado Constitucional Democrático de Direito a lei penal não vige

somente para punir o infrator, mas igualmente para proteger o cidadão contra os abusos frequentemente praticados pelo Estado, constituindo uma espécie de Carta Magna do cidadão investigado, contra abusos do poder repressivo estatal.²³⁰

Neste ponto do estudo pode-se apontar que a restrição irrazoável da aplicação da prescrição retroativa em datas anteriores ao oferecimento da denúncia ofende ao axioma *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (A3), sendo aplicável aqui segundo Luigi Ferrajoli, os princípios da necessidade e da humanidade das penas²³¹.

Com relação do princípio da necessidade, o direito penal não pode ser utilizado de acordo com a vontade volátil do legislador, devendo ser exercido somente quando for estritamente necessário e útil para a sociedade. Aqui é que a regoção parcial da prescrição retroativa, sem uma fundamentação válida e justa, restringe a garantia fundamental à prescrição retroativa.

Eduardo Reale Ferrari e Heidi Rosa Florêncio ressaltam a utilização da lei penal sem a sua efetiva necessidade deve ser rechaçada: “Mais uma vez observa-se que o legislador se vale inadequadamente de leis paliativas e quiçá eleitoreiras para dar uma satisfação ao clamor público ante a sensação de impunidade veiculada pela mídia.”²³²

Através do princípio da necessidade do direito penal, a alteração da prescrição somente deveria ser utilizada caso fosse o único meio, ou ainda, o menos gravoso para atingir a busca da eficácia dos objetivos pretendidos (combate à impunidade), e como vimos acima, esta não ocorreu.²³³

Ademais, Ferrajoli afirma que a partir do momento em que o próprio Estado rompe a limitação fundamental e passa a matar, torturar, humilhar o cidadão, e, com isso, acaba desrespeitando os direitos fundamentais dos cidadãos, ele perde totalmente qualquer legitimidade. Desta forma, o Estado despe-se da

²³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** : parte geral. p. 898

²³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 355.

²³² Ferrari, Eduardo Reale; FLORÊNCIO, Heidi Rosa. **A extinção da prescrição retroativa e a ilusão penal**. p. 3

²³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** : parte geral. p. 903

condição de estado (garantidor de Direitos) e se equipara à condição de delinquente.²³⁴

A possibilidade de se estar diante da supressão de direitos fundamentais causa uma grave instabilidade na segurança jurídica do cidadão, ainda que concentrando os estudos na parcial redução da prescrição retroativa, pois o indivíduo fica desguarnecido.

Necessário que o cidadão possa ter a garantia dos seus direitos e assim correr o risco da insegurança jurídica, não havendo mais confiança nas instituições sociais e estatais, e inclui-se aqui o próprio Direito.²³⁵

O retrocesso causado pela Lei nº 12.234/2010 ofende de sobremaneira o princípio da necessidade e da dignidade da pessoa humana o que é inviável em um Estado de Direito.

Se tomarmos a idéia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, constata-se, desde logo, que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob este rótulo, também já consagrou a noção, pelo menos em algumas dimensões. Como efeito, desde logo se verifica que a já mencionada garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais já dão conta de o quanto a questão – também entre nós – já foi objeto de previsão no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte[...]²³⁶

Os princípios da necessidade e da humanidade da pena devem ser analisados conjuntamente, pois um complementa o outro uma vez que a

²³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 364.

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.p. 452

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. p. 453 e 454

finalidade da pena e do direito penal é a busca da paz social, devendo o axioma *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (A3), servir, juntamente com os princípios acima como uma forma de minimização do poder repressivo do estado, inviabilizando assim uma restrição irrazoável.²³⁷

3.4.2.3 Ofensa à razoável duração do processo (*nulla culpa sine judicio*).

Em que pese Ferrajoli não tratar a duração do *jus puniendi* como um axioma exposto, apresenta o argumento de que a demora na prestação jurisdicional penal e sua execução tardia consistem em uma ameaça radical ao papel garantista da justiça penal, comprometendo-lhe a eficiência e direcionando-a a formas de direito penal máximo e autoritário.²³⁸

O axioma *Nulla culpa sine judicio* (A7) reflete a ideia de que não há que se falar em culpa ou responsabilidade penal sem que seja analisado o caso através de um processo, em outras palavras, afigura-se impossível a imposição de penalidade somente com o inquérito policial.

Desta forma, observa-se que a Lei nº. 12.234/2010 possibilita que a investigação de uma infração penal perdure por um tempo irrazoável, servindo o inquérito como uma espécie de punição ao investigado.

A simples investigação, e não somente o processo judicial em si, já limita os direitos de liberdade garantidos constitucionalmente, motivo que também justifica a delimitação temporal dos prazos de cada fase da persecução penal.²³⁹

No lapso temporal estabelecido entre a instauração de um inquérito policial e o desencadeamento da jurisdição penal propriamente dita, o Estado intervém e reduz os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo.

²³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 364.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 518.

²³⁹ PASTOR, Gabriel. **Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal**. apud ARAÚJO, Mateus Alves. **Base Teórica do direito ao processo em um prazo razoável**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigos/Blog/BASE_TEORICA_DO_DIREITO_AO_PROCESSO_EM_UM_PRAZO_RAZOAVEL_MateusAlvesAraujo.pdf> Acesso em: 05 de março de 2014. p. 5

Portanto, todos os mecanismos restritivos devem ser contidos e limitados de forma que a restrição aos direitos fundamentais obedeçam ao postulado da razoabilidade.²⁴⁰

Mateus Alves Araújo, a partir das lições de Gabriel Pastor, apresenta a discussão acima:

[...] el proceso en sí es un acto de coerción o bien un conjunto de actos de coacción o de actos cuya realización es asegurada por medidas de coerción, que siempre intervienen en los derechos fundamentales de las personas, entonces su duración misma debe estar establecida por la ley con precisión.^{241 242}

Pode-se apresentar aqui algumas imposições limitadoras que a instauração do inquérito policial impõe ao investigado. Sua dignidade fica abalada, tendo em vista que nos dias atuais, proliferam em nosso meio jornalístico, programas policiaiscos que generalizam e utilizam a informação de caráter policial como verdadeiros “linchamentos midiáticos”²⁴³. Durante a investigação, o direito de defesa do indiciado é limitado, ficando a disposição da investigação recebendo a conotação de culpado sem qualquer direito de defesa durante esta fase.

A perpetuação do processo penal, além do tempo necessário para assegurar seus direitos fundamentais, se converte na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui.²⁴⁴

²⁴⁰ PASTOR, Gabriel. **Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal.** apud ARAÚJO, Mateus Alves. **Base Teórica do direito ao processo em um prazo razoável.** p. 7

²⁴¹ PASTOR, Gabriel. **Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal.** apud ARAÚJO, Mateus Alves. **Base Teórica do direito ao processo em um prazo razoável.** p. 7

²⁴² Tradução: [...] o processo em si é um ato de coerção, ou melhor, um conjunto de atos de coerção ou de atos cuja realização seja assegurada por medidas de coação, que sempre intervêm nos direitos fundamentais das pessoas, então sua duração mesma deve estar estabelecida pela lei com precisão.

²⁴³ Lembramos aqui o caso conhecido da Escola Base em São Paulo. Os diretores e donos da Escola Base foram investigados por um suposto abuso de menor que repercutiu nacionalmente, e após as investigações (semanas depois) ficou comprovado que não houve crime algum, mas a escola veio a falência tendo em vista a exposição prejudicial que os seus proprietários sofreram.

²⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **O tempo como pena processual:** em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458. Acesso em 19 de fevereiro de 2014.p. 1

A primeira garantia que cai por terra é a da Jurisdicionalidade insculpida na máxima latina do *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*. Isso porque o processo se transforma em pena prévia à sentença, através da estigmatização, da angústia prolongada, da restrição de bens e, em muitos casos, através de verdadeiras penas privativas de liberdade aplicadas antecipadamente (prisões cautelares). É o que Cernelutti define como a *misura di sofferenza spirituale* ou *di umiliazione*. O mais grave é que o custo da pena-processo não é meramente econômico, mas o social e psicológico.²⁴⁵

O Estado deve garantir a liberdade do cidadão em um Estado de Direito, em consonância com o sistema de garantias, conferindo especial proteção no que tange à duração do processo em um prazo razoável, sendo inclusive um direito fundamental reconhecido.

Os direitos fundamentais acima expressados, analisados conjuntamente com o princípio do devido processo legal e do amplo acesso à justiça (ambos de igual envergadura constitucional), todos estabelecidos no artigo 5º da Constituição e alinhados ainda ao artigo 37²⁴⁶ da Constituição Federal que apresenta os princípios básicos da atividade pública, em especial o princípio da eficiência, demonstram a necessidade de resguardar o cidadão do poder punitivo estatal, atuando o Estado de forma mais eficiente possível, e dentro de um prazo razoável.

Estas garantias já existiam muito antes da ordem constitucional passar a prever, expressamente, que o processo (administrativo e judicial) deve tramitar em um tempo razoável²⁴⁷, e apresenta-se agora como uma garantia constitucional expressa em nosso ordenamento.

O dever de eficiência do Poder Judiciário constitui uma tarefa de prestação e rendimento funcional, isso significa que o Poder Judiciário deve desenvolver mecanismos hábeis para que a prestação jurisdicional seja entregue da forma mais célere possível, desde que

²⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **O tempo como pena processual**: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável. p. 1

²⁴⁶ Art. 37 da Constituição Federal. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

²⁴⁷ Ar. 5º da Constituição Federal, inciso LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

observadas os direitos fundamentais do acusado durante o processo.²⁴⁸

Não se busca, com o direito fundamental a um processo penal célere, que tenhamos um procedimento penal “a jato”, contudo, devemos rechaçar uma investigação penal realizada por um período desproporcionalmente longo, e diante da alteração promovida pela Lei nº 12.234/2010 uma pessoa poderá ser investigada por 20 anos e somente depois ser iniciado um procedimento penal ainda válido.

3.4.2.4 Ofensa à paridade de armas e ao contraditório (*Nulla accusatio sine probatione e Nulla probatio sine defensione*)

Por igual, o axioma A9 *Nulla accusatio sine probatione*, apresentado por Ferrajoli, também serve para viabilizar uma crítica à validade da alteração legislativa promovida pela Lei nº 12.234/2010 frente à teoria do garantismo penal a exclusão de aplicação da prescrição retroativa em data anterior ao oferecimento da denúncia.

O presente axioma estabelece que não pode haver acusação sem provas. A questão central que será aqui defendida é que a dilação exacerbada do prazo de uma investigação penal contamina (e até mesmo prejudica) a prova, servindo o tempo excessivo como uma punição prévia ao investigado.

Ao ampliar o tempo de investigação de forma assimétrica, tem-se ainda a possibilidade de violação de outro princípio de índole constitucional, qual seja, o estado de inocência. Isto é assim, pois a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vão, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. Existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, na medida em que o tempo implementa aquela e enfraquece esta.²⁴⁹

²⁴⁸ ARAÚJO, Mateus Alves. **Base Teórica do direito ao processo em um prazo razoável**. p. 3

²⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **O tempo como pena processual**: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável. p. 1

Ferrajoli apresenta também que a prova colhida sob o sistema inquisitivo (utilizado em investigações penais, haja vista que ausente o contraditório e mitigado ao mínimo a ampla defesa) não reflete a teoria garantista:

A verdade almejada e perseguida pelo processo inquisitório, sendo concebida como absoluta e substancial, e consequentemente única, não pode ser de parte, e não admite, portanto, a legitimidade de pontos de vista contrastantes cujo conflito deve ser arbitrado por um juiz terceiro. Disso deriva que o sistema inquisitório não só exige, mas exclui o controle desde baixo, em especial o controle do imputado. Segredo, escritura, e sobretudo ausência de contraditório e de defesa são os corolários da sua epistemologia eminentemente substancial, que remete a obtenção da verdade unicamente à capacidade e ao poder de investigação do juiz-postulante. À concepção monista da verdade corresponde o caráter monista e monológico da atividade processual, cujo protagonista é o juiz, que é ao mesmo tempo acusador e exige demais a colaboração do imputado. Entende-se que sobre essa base não há sentido em falar de ônus da prova a cargo da acusação, mas, no máximo, de *necessidade da prova*: exigida, pretendida – ou totalmente extorquida – do próprio acusado.²⁵⁰

Deixar com que a prova colhida sob o sistema inquisitivo perdure como verdade contra o investigado, por um tempo excessivo e desproporcional, fere o axioma em análise, figurando a supressão da prescrição retroativa em data anterior ao oferecimento da denúncia como uma expressão do direito penal máximo e do eficientismo penal²⁵¹.

Ademais não se pode concluir que se há um tempo maior para a produção de prova para a acusação, também haveria um tempo maior para a produção da prova para a defesa. Tal situação não se verifica pois a defesa, durante o procedimento investigatório de caráter inquisitivo, tem seu poder de produção de prova limitado, conforme preceitua o artigo 14, do Código de Processo Penal²⁵².

O tempo, e ainda mais, o tempo exacerbado e desproporcional de duração de uma investigação policial, trás um grave prejuízo ao cidadão servindo

²⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 562.

²⁵¹ Sobre eficientismo penal, temos como a utilização do direito penal como uma forma de acautelar o meio social após a prática de um delito de grande repercussão, servindo como uma forma de resposta legislativa à população, que várias vezes é feita de modo ilegal e inconstitucional.

²⁵² Artigo 14 do Código de Processo Penal. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

o tempo como uma sanção prévia sem qualquer processo judicial ou direito de defesa amplamente assegurado.

O outro axioma garantista que vai ao encontro de uma investigação por um prazo desproporcional é o A10 *Nulla probatio sine defensione*, segundo o qual não deve haver prova sem que a mesma seja produzida em contraditório, ou seja, mediante o crivo e atuação da defesa. A sua análise deve ser feita juntamente com o axioma anterior.

Sobre a necessidade de validade do exercício de defesa na produção da prova – e aqui temos que ver no aspecto também da prova produzida no inquérito policial – Ferrajoli assim apresenta:

Ainda mais importante é a segunda condição, relativa à esfera de intervenção do imputado e de seu defensor. O pensamento iluminista, coerente com a opção acusatória, reivindicou a presença de um e de outro a todas as atividades probatórias. VOLTAIRE protestou contra a possibilidade de que o confronto entre o imputado e as testemunhas fosse entregue à discricionariedade do juiz em vez de ser obrigatório. FILANGIERI sustentou que ao imputado “deveria ser permitido fazer assistir-se por um ou mais advogados em todos os passos do processo”. BENTHAM propugnou a presença do defensor no interrogatório não só do imputado, mas também na oitiva das testemunhas. E o mesmo fez PAGANO, que desejou que as testemunhas de acusação “serão interrogadas *ex integro* na presença do réu” e sublinhou “o quanto ajuda a conhecer a verdade tal contradição”.²⁵³

Para esse axioma, imperioso que a defesa esteja presente quando da produção da prova. Ocorre que este direito não é assegurado na fase da investigação policial, com exceção à possibilidade de, no depoimento do indiciado, estar presente o seu advogado. Imperioso lembrar que a ausência de advogado no depoimento perante a autoridade policial não é causa de nulidade, sendo que a legislação trata a mesma como mera faculdade confiada ao indiciado.

Já com relação a todas as demais provas produzidas no inquérito policial, não se reconhece o direito a que a defesa acompanhe sua produção, pois como já referenciado acima, o inquérito policial não é conduzido à luz do contraditório e, portanto, opera em flagrante limitação ao princípio da ampla defesa.

²⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 566.

O direito de defesa e o próprio contraditório, também são afetados, na medida em que a prolongação excessiva do processo gera graves dificuldades para o exercício eficaz da resistência processual, bem como implica um sobre-custo financeiro para o acusado, não apenas com os gastos em honorários advocatícios, mas também pelo empobrecimento gerado pela estigmatização social. Não há que olvidar a eventual indisponibilidade patrimonial do réu, que por si só é gravíssima, mas que se for conjugada com uma prisão cautelar, conduz a inexorável bancarrota do imputado e de seus familiares. A prisão (mesmo cautelar) não apenas gera pobreza, senão que a exporta, a ponto de a “intranscendência da pena” não passar de romantismo do direito penal.²⁵⁴

Transpondo esta crítica para o objeto de análise desta dissertação, a alteração das regras na prescrição retroativa (subtraindo de seu cômputo o período anterior ao aforamento da lide) estimula que uma investigação policial tramite durante longo período, sem que seja possível o acompanhamento, pelo investigado e seu procurador, diante da ausência de efetivo contraditório. Em especial, diante do acentuado valor probante atribuído, por ocasião da instrução processual, às provas indiciárias produzidas na fase inquisitorial.

O legislador, ao alterar a aplicação da prescrição retroativa, sob o pífio argumento de combate à impunidade, acaba por ampliar em demasia o prazo para a realização de uma investigação policial e a propositura da competente acusação, o que se apresenta, e conflita com o direito penal mínimo, como uma atitude de um Estado absoluto, agindo em contradição ao sistema de garantias instituído pela Constituição brasileira.

Ferrajoli explica essa afirmação, expondo:

A primeira regra de todo o pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob esse aspecto o Estado de Direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático.²⁵⁵

²⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável**. p. 1

²⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2010, p. 792.

Em um Estado de Direito (como o nosso) não se pode conceber que uma pessoa fique presa por um prazo acima do razoável, ou, de acordo com o estudo em tela, seja investigada por um prazo irrazoável, já que não é permitido ao legislador, mesmo escolhido pela vontade da maioria, que legisle no sentido de esvaziar os direitos e garantias individuais, pois estes são a base da relação de convivência firmada entre o Estado e os cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem é um ser eminentemente social e a vida em sociedade merece um regramento, sob pena de imperar a mais completa balburdia. Esse é o papel do Direito, regular a vida em sociedade de forma justa e clara.

De todas as formas de regular a vida em sociedade, o Direito Penal deve ser utilizado em *ultima ratio*, haja vista que a eventual sanção em face de sua aplicação segrega um dos mais sagrados direitos: a liberdade. Diante disto, o direito deve ser estudado, analisado e aplicado dentro de um conjunto de princípios e garantias que regulem de modo justo sua aplicação, servindo como uma fonte teórica para essa limitação a teoria do garantismo proposta por Ferrajoli.

A teoria do garantismo penal serve como uma limitação ao poder punitivo estatal. O garantismo, em um Estado de Direito, propõe que o direito de punir do Estado seja reduzido ao mínimo necessário, e consequentemente, sejam elevadas ao maior número as garantias e proteções aos cidadãos.

A teoria do garantismo penal é diametralmente oposta à teoria do direito penal máximo, na qual impera a utilização do direito penal como uma forma de regramento, utilizando, às vezes, penas excessivas e cruéis em detrimento dos direitos mais básicos do cidadão, como principal política pública de combate a criminalidade.

Luigi Ferrajoli, para explicar sua teoria, apresenta o que intitula de sistema de garantias, construída a partir da compilação de 10 axiomas que, abstraídos a partir de um conjunto de garantias que foram difundidas na cultura moderna ocidental desde o iluminismo, servem como pilares constitutivos do pensamento garantista.

Esses axiomas podem ser divididos em dois grupos, o primeiro deles voltados para o direito material, estabelecendo limites estatais à criação de crimes, aplicação de penas, auxiliando o legislador na decisão de quando adotar o direito penal como forma de tutela estatal. Enquanto que o segundo grupo dos axiomas garantistas refere-se à parte procedimental, ou seja, à aplicação da lei

penal, seja na sua forma, bem como frente a mecanismos de controle da legalidade e condução do andamento do processo, da análise de prova e da distribuição do ônus de prova.

A teoria do garantismo penal propõe que o direito penal somente pode ser utilizado pelo Estado em casos excepcionais, apenas na proteção de bens jurídicos imprescindíveis, e somente quando os outros ramos do Direito não conseguirem proporcionar ordem social, tal qual preceitua o direito penal mínimo.

Para garantir a proteção do indivíduo em relação ao poder punitivo estatal excessivo, o garantismo penal requer a existência de direitos e garantias fundamentais, previstas na Constituição, para que possa ser amplamente aplicada. Em nosso Estado de Direito, a Constituição brasileira é dotada de várias garantias que limitam a atuação exacerbada do Estado no poder punitivo.

Apesar de a teoria garantista ser tão difundida e aplicada em vários níveis dentre nós, sobreveio a Lei nº. 12.234/2010 que trouxe uma ampliação do poder punitivo estatal.

Em que pese não haver expressa previsão constitucional de que a prescrição penal figure como uma garantia constitucional, podemos através de uma interpretação teleológica afirmar que prescrição penal é sim uma garantia. Pois quando a Constituição apresenta os delitos que seriam imprescritíveis, deixa claro que todos os demais delitos serão prescritíveis. Desta forma, valendo-se de operações hermenêuticas, é possível reconhecer que a prescrição penal reveste-se de garantia constitucionalmente protegida.

A principal alteração que foi objeto de análise pormenorizada neste trabalho foi da prescrição da pretensão punitiva na sua forma retroativa, em especial, em data anterior ao oferecimento da denúncia.

A Lei nº. 12.234/2010 restringiu a aplicação da prescrição retroativa, não causando a sua completa extirpação do mundo jurídico. Porém, a exclusão de seu âmbito de incidência do tempo transcorrido durante o inquérito penal (anteriormente, portanto, ao ajuizamento da demanda penal) traz graves

consequências ao cidadão, porquanto esta alteração confere uma ampliação desmedida do poder punitivo estatal.

Como demonstrado, tal alteração possibilita que a investigação criminal perdure por um longo e desproporcional tempo, podendo chegar, em alguns casos, a 20 anos de investigação sem o início de uma ação penal, sendo que durante esse período o investigado tem vários direitos restringidos, a prática do delito fica tempo demasiado sem resposta à sociedade, e sem o início de um procedimento judicial pautado nas mais básicas garantias. Com a edição desta norma, ocorre a mitigação de um direito fundamental (a celeridade processual).

As garantias constitucionais têm como função proteger os direitos e assim regular, na esfera penal, o poder punitivo do Estado. Entendemos aqui como uma garantia a prescritibilidade da infração penal dentro de um prazo razoável, o que foi cabalmente afetada pela Lei nº 12.234/2010.

Ademais, a supressão irrazoável de garantias vai de encontro com o disciplinado na teoria garantista, visto que seu objetivo é de preservar as garantias e direitos do indivíduo, possibilitando ao Estado exercer o seu poder punitivo, somente quando estritamente necessário.

Ao se conceber a prescrição como uma garantia, tem-se que sua restrição irrazoável (visto que foi fundamentada no combate à impunidade) atenta contra os axiomas *Nullum crimen sine lege* (A2) e *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (A3), pois não se combate a impunidade gerada por um sistema judiciário moroso e deficitário com a supressão de garantias do cidadão.

Como se não bastasse, uma vez reconhecido que há a garantia constitucional de prescrição das infrações penais, podemos concluir que prescrição penal configura uma cláusula pétrea. E assim não pode o legislador ordinário (nem mesmo o constituinte derivado) excluir, ou como no caso em estudo reduzir, a sua aplicação.

Durante uma investigação penal, o princípio da ampla defesa não é aplicado em sua plenitude, inexistente contraditório durante da investigação policial, e uma investigação por um tempo demasiado, tal como autorizado pela

alteração legislativa, acaba prejudicando o direito de defesa e ferindo garantias constitucionais do cidadão.

Na teoria do garantismo penal não existe um axioma expresso como qual poderíamos fundamentar a crítica à exacerbação perpetrada pela autorização legislativa em comento. Contudo, estudando a própria teoria e a análise de alguns axiomas, podemos dizer, que a Lei nº. 12.234/2010 atenta contra a teoria proposta por Ferrajoli.

Destarte, de acordo com os axiomas *Nulla culpa sine iudicio* (A7), *Nulla accusatio sine probatione* (A9) e *Nulla probatio sine defensione* (A10), pode-se afirmar que uma investigação policial não pode durar um tempo excessivo. Isto é assim, porque o tempo pode servir também como uma forma de punição, e o fato de o investigado carregar o estigma de criminoso sem a possibilidade de demonstrar sua definitiva inocência, dentro de um prazo razoável, vai de encontro à teoria do garantismo.

No ordenamento pátrio, mais precisamente na Constituição Federal, há um direito expressado no artigo 5º, inciso LXXVIII determinando uma duração razoável dos processos (administrativos e judiciais), abarcando aqui, também, a investigação policial.

Seja com base no ordenamento Constitucional, seja sob a análise da teoria do garantismo penal, sujeitar um cidadão a suportar as agruras de uma investigação por um tempo irrazoável, configura um desrespeito aos princípios e garantias constitucionais, bem como à teoria garantista, e quando assim age o legislador, lesiona o próprio Direito.

O tempo necessário para que um cidadão seja acusado de um crime, e sem poder exigir um tempo razoável de duração de investigação, acarreta na realidade como uma pena antecipada, sendo que este fato vai totalmente ao encontro do fundamento que culminou na Lei nº. 12.234/2010, qual seja a impunidade.

Impunidade pode ser entendida como a ausência de punição, como também a ausência de uma resposta rápida (dentro de um prazo razoável) e

justa. Contribuindo a dilação do prazo para a investigação policial por prazo exacerbado, além de uma afronta ao direito da razoável duração do processo, servindo também como uma espécie de impunidade.

Ao invés de autorizar a dilação do prazo para que ocorra uma investigação policial, melhor seria o incentivo governamental no combate a criminalidade aparelhando a polícia judiciária com material e pessoal compatível com a atual demanda de serviço.

Como se não bastasse, a impossibilidade da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa em data anterior ao oferecimento da denúncia ofende o direito ao contraditório e à paridade de armas.

Durante a investigação policial, não há aplicação legal do princípio do contraditório e do princípio da ampla defesa, ficando o investigado, durante todo o longo tempo possível de uma investigação policial refém do Estado, sem poder apresentar sua defesa de forma equilibrada e combater uma investigação indevida.

Em que pese a defesa poder requerer diligências e oitivas à autoridade policial, esta não é obrigada a acatar estes pedidos, pois o inquérito policial tem natureza inquisitiva.

Verifica-se que a alteração da prescrição penal retroativa, possibilitando ao Estado investigar um cidadão por um prazo desproporcional não está de acordo com os propósitos da teoria do garantismo penal proposta por Luigi Ferrajoli.

Desta forma, conforme demonstrado, observa-se que as hipóteses levantadas no início deste trabalho foram confirmadas, ou seja:

a) As alterações trazidas pela Lei nº. 12.234/2010 ferem os preceitos do garantismo penal, pois atenta contra os axiomas propostos por Ferrajoli.

b) A redução da prescrição retroativa não respeita o princípio da legalidade em sentido estrito bem como ao princípio da necessidade do direito penal, reduzindo ainda o direito de defesa de um investigado.

c) A Lei nº. 12.234/2010, ao revogar parte da prescrição retroativa está reduzindo direitos fundamentais do cidadão, visto que aumenta o poder punitivo estatal em detrimento dos direitos e garantias do cidadão.

Observa-se que a dissertação não teve a intenção de esgotar o assunto, por isso, é imprescindível a indicação, principalmente aos operadores de direito, no sentido de se ampliar e dar continuidade ao estudo acerca do tema abordado, visto que os entendimentos são variados sobre a relação à substancial incompatibilidade da Lei nº. 12.234, de 05 de maio de 2010, com as premissas da teoria do garantismo penal.

Quanto à Metodologia observa-se que se adotou a base lógica Indutiva.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO, Mateus Alves. Base Teórica do direito ao processo em um prazo razoável. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigos/blog/base_teorica_do_direito_ao_processo_em_um_prazo_razoavel_mateusalvesaraujo.pdf> acesso em: 05 de março de 2014.

BALTAZAR, Antônio Lopes. **Prescrição Penal**. São Paulo: Edipro, 2003.

BEVILAQUA, Clovis. **Conceito de Estado**. Disponível em : file:///C:/Documents%20and%20Settings/USUARIO/Meus%20documentos/Downloads/65257-86309-1-PB.pdf. Acesso em: 15 de março de 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**- parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRACK, Karina. Do instituto da prescrição penal no âmbito da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. v. 1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2013.

BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 02 de agosto de 2013.

BRASIL. Decreto Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 02 de julho de 2013.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista**. 2 ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2006.

CALHAU, Lélío Braga. **Prescrição dos crimes no Brasil: Sinônimo de Impunidade**. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=112>. Acesso em 15/09/2014

CALLEGARI, André Luiz. O princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal. In DUARTE NETO, Júlio Gomes. O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6154 Acesso em 15/02/2014.

COPETTI NETO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (coord.)

Garantismo, Hermenêutica e o (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

DELMANTO, Celso e outros. **Código penal comentado.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUARTE, Evandro Piza. Garantismo e Eficientismo Penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b23975176653284f>. Acesso em 07 de outubro de 2014.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor. **Direito Penal Esquematizado:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

FAVORETTO, Afonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal:** temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. v. 1

FAYET JÚNIOR, Ney. FERREIRA, Martha da Costa. Da imprescritibilidade. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal:** temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. v. 1.

FAYET JÚNIOR, Ney. PICCOLI, Fernando. Da prescrição penal retroativa: análise crítica das alterações trazidas pela Lei 12.234 de 2010. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal:** temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi, Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. Trad. de André Karam Trindade <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf> acesso em 05/08/2014. Acesso em: 05 de junho de 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (coord.) **Garantismo, Hermenêutica e o (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo.** Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. O garantismo e a esquerda. In: VIANA, Túlio. MACHADO, Felipe (Coord.). **Garantismo penal do Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais e dos Bens Fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (coord.) **Garantismo, Hermenêutica e o (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

FERRARI, Eduardo Reale; FLORÊNCIO, Heidi Rosa. A extinção da prescrição retroativa e a ilusão penal. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 18: 04-05. Disponível em: <http://www.realeadvogados.com.br/opinioes/A%20extin%C3%A7%C3%A3o%20da%20prescri%C3%A7%C3%A3o%20retroativa%20e%20a%20ilus%C3%A3o%20penal.pdf> Acesso em: 15 de setembro de 2014.

GILI PASCUAL, Antoni. **La prescripción en Derecho penal**. Elano: Editorial Aranzadi, 2001.

GUARAGUINI, Fábio André. **Prescrição Penal e Impunidade**. Curitiba: Juruá. 2000.

JACOBS, Günter. **Direito Penal do Inimigo**. Trad: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal merece breve (e parcial) reflexão. Julho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/afranio-jardim-garantismo-processo-penal-merece-reflexao> Acesso em 14 de agosto de 2014.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. Curitiba: Juruá, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9.ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458. Acesso em 19 de fevereiro de 2014.

LOZANO JR., José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva. 2002.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Prescrição: a identidade no tempo e a proporcionalidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney; FAYET, Marcela; BARAK, Karina.

Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011. v. 1.

MANTOVANI, Fernando. **Diritto penale:** parte generale. 5 ed. Padova: Cevam, 2007.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição penal.** São Paulo. Editora Altas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 12. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Monique Pimentel de. Celeridade processual: o direito fundamental a uma decisão em prazo razoável no processo penal. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/23.pdf> acesso em 15/09/2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PASTOR, Gabriel. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, v. 13, f. 52, p. 203-249, Revista dos Tribunais, 2005.

PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal.** São Paulo, 1972.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal:** Parte Geral. 7 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2011.

QUEIROZ, Paulo; BARBOSA, Aldeline Melhor. Termo inicial da prescrição da pretensão executória. In: FAYET JÚNIOR (coord.). **Prescrição Penal:** temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência. v. 1. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da; **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material:** Aportes Hermenêuticos. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** 6 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014.

SIENA, David Pimentel Barbosa de. **Direito fundamental à prescrição e inconstitucionalidade da Lei nº 12.234/2010.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20456/direito-fundamental-a-prescricao-e-inconstitucionalidade-da-lei-no-12-234-2010#ixzz2iTVNeqzx>> Acesso em: 15 de dezembro de 2013.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. O conceito de Estado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6742&revista_caderno=9> Acesso em 09 de agosto de 2014

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do**

ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. Garantismo e Eficientismo Penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b23975176653284f> Acesso em 07 de outubro de 2014.