



Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais

Curso de Direito

Núcleo de Pesquisa e Monografia

LUCAS PALHANO DE ALBUQUERQUE

**GARANTISMO PENAL: A RETROATIVIDADE DA NORMA
PROCESSUAL PENAL**

BRASÍLIA

2010

LUCAS PALHANO DE ALBUQUERQUE

**GARANTISMO PENAL: A RETROATIVIDADE DA NORMA
PROCESSUAL PENAL**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. José Carlos Veloso Filho

BRASÍLIA

2010

A Anna Luísa, seja bem vida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 SUCESSÃO DAS LEIS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS	11
1.1 Sucessão das leis penais no tempo	12
<i>1.1.1 da “abolitio criminis”</i>	12
<i>1.1.2 da “novatio legis in pejus” e da “novatio legis in mellius”</i>	13
1.2 Sucessão das leis processuais penais no tempo	13
<i>1.2.1 critérios para a aplicação da lei processual penal no tempo</i>	16
<i>1.2.2 critério adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro</i>	18
<i>1.2.3 A norma processual penal material e a norma de conteúdo misto</i>	19
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL	20
2.1 O princípio da instrumentalidade processual	20
2.2 O princípio da economia processual	22
2.3 O princípio da ampla defesa	23
2.4 O princípio da legalidade	25
3 A RETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL À LUZ DO GARANTISMO PENAL	27
3.1 O modelo garantista	27
3.2 A retroatividade da lei processual penal	42

CONCLUSÃO.....50

REFERÊNCIAS.....52

RESUMO

Com frequência, o legislativo promulga leis que diminuem cada vez mais as garantias dos cidadãos, sendo que, ao contrário, o que ocorre é um enfraquecimento das garantias processuais penais. Atualmente tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhece a não possibilidade de a lei processual penal retroagir. No entanto, essa concepção deve ser repensada à luz da Constituição Federal, isso porque, tanto o direito penal, quanto o direito processual penal, visam o mesmo: a aplicação do *jus puniendi* do Estado. Contudo, o direito material cuida da tipificação das condutas, enquanto o direito processual penal visa a aplicação, em concreto, do mandamento proibitivo violado, além disso, o processo, deve garantir ao acusado punições proporcionais, bem como a garantia de não ser punido por um fato que ele não cometeu. Diante disso, e, visando à aplicação dos direitos individuais, conquistados com muita luta e sofrimento, é totalmente possível a retroatividade da norma processual penal mais benéfica.

Palavras-chaves: Garantismo Penal, Retroatividade, Norma Processual Penal, Norma de Conteúdo Misto, Processo, Direito Penal Mínimo, Estado democrático de Direito, Princípio da Legalidade, Legalidade Estrita.

INTRODUÇÃO

O direito brasileiro, como regra, não admite a retroatividade da lei processual, isso quer dizer que, de regra, a lei depois, de findada a sua vigência, não pode reger fatos pretéritos. Contudo, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, a possibilidade da lei penal retroagir, desde que para beneficiar o réu. Entretanto, o Código de Processual adota a teoria do isolamento dos atos, consubstanciado pelo princípio *tempus regit actum*.

Diante disso, e tendo em vista que o direito processual penal tem a mesma função, qual seja a de se ver aplicada o poder estatal de punir, por que não considerarmos nessa exceção as normas processuais penais?

O presente estudo, visa analisar, partindo de uma análise da teoria do garantismo formulada por Luigi Ferrajoli, a possibilidade das regras de processo penal serem retroativas, bem como ultrativas, ou seja, serem aplicadas tanto aos fatos anteriores, quanto aos posteriores à sua vigência, desde que mais benéficas ao acusado.

Primeiramente, iremos conceituar a abrangência e aplicação da norma material penal, pois a partir desses conceitos é possível trabalhar a retroatividade da lei processual penal, uma vez que como não existe nenhuma norma nesse sentido, tem-se que trazer para o direito processual penal as regras de direito penal sobre a atividade da lei.

É verdade que o Código de Processo Penal Militar contém menção mais clara sobre a possibilidade da lei processual penal retroagir somente nos assuntos referentes à prisão e liberdade do réu, sem, contudo, mais delongas. Desse modo, torna-se superficial esse assunto no direito pátrio, seja porque o legislador se omitiu ou, porque não quis realmente que

a norma processual retroagisse. No entanto, tanto o Código de Processo Penal, quanto o Código Penal brasileiro, foram esculpados em acepções autoritárias e arbitrárias. Hoje, com a nova ordem constitucional instituída desde a promulgação da carta política de 1988, esses ordenamentos devem ser (re) interpretados à luz de uma concepção iluminista, ou seja, o estado deve assegurar ao máximo a liberdade dos cidadãos, bem como interferir minimamente nos direitos pessoais, aplicando, desse modo, as garantias penais e processuais na persecução criminal.

Diante disso, alguns princípios foram esposados nesse trabalho, como o fim de aplicá-los à luz do garantismo, pois, de modo diverso, incorria em uma relativização das garantias fundamentais, fato esse que atualmente vem acontecendo no nosso sistema penal brasileiro.

No capítulo seguinte, falaremos sobre a teoria do garantismo penal, contida no livro *Direito e Razão: Teoria do Garantismo penal*, o qual, o autor, Luigi Ferrajoli, faz uma crítica à forma autoritária e arbitrária do direito penal, bem como propõe uma teoria garantista baseada nas idéias iluministas. Contudo, o autor faz uma crítica ao Estado liberal clássico, pois nem sempre esse Estado é garantista, sendo que, por muitas vezes, o Estado usa o garantismo para legitimar o seu poder autoritário e arbitrário de punir o cidadão. Ensina que o princípio da legalidade (mera legalidade e legalidade estrita) é a base do garantismo.

Existem dois tipos de direito penal: o direito penal mínimo, que efetiva as suas garantias penais e processuais e, o direito penal máximo que, segundo Ferrajoli, relativiza garantias fundamentais dos acusados. Nesse diapasão, existem sistemas penais que estão nesse meio termo, ou seja, não são nem sistemas de direito mínimo, nem de direito máximo, pois a partir do momento em que retiram ou relativizam algumas garantias, se

tornam menos garantistas, isso porque as garantias formuladas pelo autor devem ser interpretadas como um sistema fechado, desse modo, depreende-se que se retirarmos certas garantias, conseqüentemente estaríamos retirando outras tantas que guardam como a primeira uma relação de complemento.

Diante disso, o direito penal deve ser garantidor tanto do acusado quanto da vítima, isso quer dizer que a função do direito penal é garantir que o acusado será devidamente punido, observando-se o processo e as garantias a ele inerente e garantir ao condenado que ele não venha a ser punido de forma arbitrária.

Por isso, baseando-se na teoria do garantismo veremos a possibilidade de retroatividade da lei processual mais benéfica. Primeiro, porque o estado democrático de direito deve ser garantista, deve ser uma Estado (direito penal) mínimo, assegurando, e efetivando garantias fundamentais tanto para aqueles indivíduos que nunca cometeram crime quanto para o delinquente, bem como deve ser coerente e proporcional para que possa se ver devidamente concretizada o *jus puniendi* do Estado. Segundo, porque o direito penal e o direito processual penal são uno, portanto indivisíveis, isso quer dizer que não existe uma autonomia total, como defendem a maioria da doutrina, muito pelo contrário, ambos estão intimamente ligados, um para proibir condutas e delimitar penas, o outro para aplicar efetivamente esses mandamentos proibitivos. E, terceiro, porque as “regras” do jogo devem ser conhecidas antes do começo, ou seja, o acusado deve saber do que se defender, como se defender e o mais importante, quais os meios que estão disponíveis para efetivar essa defesa (o processo).

1 SUCESSÃO DAS LEIS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS

Denomina-se “atividade” o período que decorre entre a entrada em vigor e a revogação de uma norma, durante a qual ela estará produzindo efeitos, isso quer dizer que, em regra, as normas jurídicas geram efeitos desde a entrada em vigor até a sua revogação.¹

Ocorre que, mesmo depois de revogada, a lei penal pode continuar a regular fatos ocorridos durante a sua vigência, bem como retroagir para alcançar fatos anteriores à sua entrada em vigor. A esse fato dá-se o nome de *extra-atividade*. Temos a *extra-atividade* como gênero, de onde seriam espécies a *ultra-atividade* e a *retroatividade*.²

A ultra-atividade ocorre quando a lei, mesmo depois de revogada continua a reger fatos ocorridos durante a sua vigência. De modo diverso, definiu-se retroatividade a possibilidade da lei penal retroagir no tempo para atingir fatos anteriores à sua entrada em vigor.³

Diante disso, na lição de Rogério Greco:

A regra geral, trazida no próprio texto da Constituição Federal, é o da irretroatividade *in pejus*, ou seja, a da absoluta impossibilidade de a lei penal retroagir para, de qualquer modo, prejudicar o agente; a exceção é a retroatividade *in mellius*, quando a lei vier, também, de qualquer modo, favorecê-lo, conforme se desume do inciso XL de seu art. 5º, assim redigido: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.⁴

¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.120-121.

² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.120-121.

³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.120-122.

⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.120-122.

1.1 Sucessão das penas no tempo

1.1.1 da “*abolitio criminis*”

Quando o legislador resolve não mais continuar a penalizar determinada ação, retirando a referida norma do ordenamento jurídico, ocorre o fenômeno da *abolitio criminis*. Segundo os princípios que regem a lei penal no tempo, a norma abolicionista é sempre retrativa, ainda que cobetos pela coisa julgada, vindo, desse modo, a atingir fatos pretéritos. A maioria da doutrina, inclusive o Supremo Tribunal Federal, entendem que é perfeitamente possível *abolitio criminis* por intermédio de medida provisória.⁵

A *abolitio criminis* tem a seguinte consequência: a eliminação de todos os efeitos penais da prática do crime, mantendo-se os efeitos civis. Assim, sentença penal condenatória transitada em julgado atingida por lei abolicionista pode ser executada no cível.⁶

Por fim, não se confundem o instituto da descriminalização com o da despenalização, pois, o primeiro retira o caráter ilícito do fato, enquanto o segundo elimina ou diminui a pena de prisão, sendo que o crime ainda é considerado um delito.⁷

O *abolitio criminis* está previsto no art. 2º do Código Penal, *in verbis*:

Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.⁸

⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.120-122.

⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.120-122.

⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.120-122.

⁸ DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7.12.40. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. D.O.U. de 31.12.40.

1.1.2 da “*novatio legis in pejus*” e da “*novatio legis in melius*”

Conforme preceitua o art. 2º do Código Penal:

“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado⁹

A lei formulada após o cometimento de um crime pelo agente, poderá conter dispositivos que prejudiquem ou beneficiem o réu. A lei que prejudicar o agente será considerada uma *novatio legis in pejus*, de modo diverso será uma *novatio in melius* se vier a beneficiá-lo. A *novatio legis in melius* será sempre retroativa, aplicando-se, desse modo, aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, ainda que cobertos pelo manto da coisa julgada.¹⁰

[...]Se, por exemplo, surgir uma lei nova reduzindo a pena mínima de determinada infração penal, deve aquela que foi aplicada ao agente ser reduzida a fim de atender aos novos limites, mesmo que a sentença que o condenou já tenha transitado em julgado[...].¹¹

1.2 Sucessão das leis processuais no tempo

Diversamente do que ocorre com a lei penal, a lei processual penal tem aplicação imediata e, usualmente, quando é editada, nem mesmo *vacatio legis* possui, sem prejuízo dos atos praticados na vigência da lei processual anterior, aplicando-se, assim, o princípio da aplicação imediata ou do efeito imediato.¹²

É o que estabelece o artigo 2º do Código de Processo Penal Brasileiro, segundo o qual “a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob

⁹ DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7.12.40. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. D.O.U. de 31.12.40.

¹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.120-123.

¹¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.120-123.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.130.

a vigência da lei anterior”¹³, isso significa que o legislador optou pelo princípio do *tempus regit actum*. Conforme leciona Fernando Capez:

O ato processual é regido pela lei processual que estiver em vigor naquele dia, ainda que seja mais gravosa do que a anterior e mesmo que o fato que deu ensejo ao processo tenha sido cometido antes de sua vigência.¹⁴

Nas palavras de Marcellus Polastri Lima:

Assim, não se cogita aqui da retroatividade da lei mais benéfica ou irretroatividade da lei mais gravosa como no Direito Penal. Deste modo, entrando em vigor a lei processual, após a promulgação, publicação e eventual *vacatio legis*, terá efeito imediato. Portanto, continuam válidos os atos processuais praticados sob a égide da lei anterior revogada, que manterão sua sua eficácia, até de efeitos ulteriores que possam provocar no processo. A lei processual nova, passará a regular os atos processuais desde o momento de sua incidência e dali para frente os atos futuros, valendo para os atos processuais que não tiverem sido realizados antes de sua vigência. É o princípio *tempus regit actum*.¹⁵

A inexistência de qualquer ressalva nesse dispositivo conduz parte minoritária da doutrina e da jurisprudência a não admitir a aplicação retroativa da lei processual penal benéfica, ainda que material.¹⁶

Contudo, ocorre que, quando o transcurso do prazo já houver se iniciado e, for editada lei processual nova, aplica-se a lei anterior, ou seja, aquela vigente na época do início do lapso temporal do prazo. É o que estabelece o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal: “O prazo já iniciado, inclusive o estabelecido para a interposição de recurso, será regulado pela lei anterior, se esta não prescrever prazo menor do que o fixado no Código de Processo Penal”¹⁷

¹³ DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3.10.41. Dispõe sobre o Código de Processo Penal Brasileiro. D.O.U. de 13.10.41.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50.

¹⁵ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 56-57.

¹⁶ Neste sentido: MARQUES, Frederico. **Elementos de direito processual penal, vol. I**. 2 ed. atual, Campinas: Millenium, 2000, p.54-55.

¹⁷ Decreto-lei 3.931, de 11.12.41. Dispõe sobre a Lei de Introdução ao código Penal.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci:

Embora se possa argumentar que tal dispositivo tinha por objeto promover a transição da legislação anterior para o previsto no atual CPP, é certo que a regra é legítima para qualquer caso de alteração de prazo.¹⁸

Já o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Penal determina que sejam aplicados os dispositivos mais favoráveis ao réu, no que concerne à prisão preventiva e à fiança, quando houver a edição de lei nova que colha situação processual em desenvolvimento. Mirabete ao comentar essa norma, afirma que:

Tal dispositivo, segundo entendemos, continua em vigor, aplicando-se a todas as modificações introduzidas no Código de Processo Penal de 1941, relativamente a tais matérias. Embora o citado Decreto-lei visasse especialmente a transição da lei anterior para o Código de Processo Penal, não foi ele revogado, sendo aplicável às modificações desse estatuto. Essa sempre foi a orientação seguida pelo STF quanto à aplicação do artigo 13 da LICPP.¹⁹

Os dispositivos da legislação militar apresentam-se mais claros sobre a possibilidade da aplicação retroativa da lei processual penal, ao menos no que diz respeito à prisão provisória.

O artigo 5º do código castrense preceitua que:

as normas deste Código aplicar-se-ão a partir da sua vigência, inclusive nos processos pendentes, ressalvados os casos previstos no art. 711, e semprejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.²⁰

Completando, o artigo 711 do referido código estabelece o seguinte:

Art. 711. Nos processos pendentes na data da entrada em vigor deste

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.130.

¹⁹ Apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.132.

²⁰ DECRETO-LEI Nº 1.002, de 21.10.69. Dispõe sobre o Código de Processo Penal Militar Brasileiro. D.O.U. De 21.10.69.

Código, observar-se-á o seguinte:

a) aplicar-se-ão à prisão provisória as disposições que forem mais favoráveis ao indiciado ou acusado;[...]”²¹

A modificação das normas processuais penais pode afetar o instituto da prisão preventiva, estabelecendo ou retirando algumas das hipóteses da sua decretação.

É o exemplo do réu que já se encontra preso por prisão preventiva e, mais adiante, sobrevém alteração que retire dos requisitos a garantia da ordem pública. Nesse caso é perfeitamente possível que a lei tenha efeitos pretéritos e, desse modo, a autoridade judicial conceda a liberdade provisória ao agente, pois não está mais presente o fundamento (garantia da ordem pública) que, a princípio, gerou a prisão.²²

Portanto, nota-se que a irretroatividade da lei processual penal não é absoluta, podendo ser relativizada em determinados casos, em decorrência não só do ordenamento jurídico, mas, também, dos princípios que regem o sistema penal (material e processual) pátrio. Concluindo, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci: “Registre-se que a aplicação da norma processual penal, ainda que mais rigorosa, é regra, desde que não envolva questão de direito material ou o status libertatis do indivíduo.”²³

1.2.1 critérios para a aplicação da lei processual penal no tempo

Muitas teorias se dispuseram a explicar o momento oportuno para que a norma processual possa exarar os seus efeitos, no entanto, neste trabalho, mencionaremos apenas três dessas teorias, as quais consideramos de maior relevância para o tema.

Se considerarmos o processo como um conjunto unitário, sem nenhuma

²¹ DECRETO-LEI Nº 1.002, de 21.10.69. Dispõe sobre o Código de Processo Penal Militar Brasileiro. D.O.U. De 21.10.69.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.130.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.131.

dúvida, haverá forte tendência em considerar que a lei penal que deva ser aplicada e a lei processual que efetivará a realização do *jus puniendi* do Estado constituem um todo, desse modo, deve se manter idêntico desde a época do delito. Essa perspectiva, conhecida como "sistema da unidade processual", coloca como referência a data do fato delituoso. Portanto, por essa visão, há de se entender que o processo é algo inseparável, incindível, destinando-se todos os atos processuais à realização do direito penal material e, por isso, deve aplicar-se a lei penal e a lei processual então vigente, até o julgamento final da lide. Diante disso, o processo deverá ser regulado, até a derradeira conclusão, pela lei (processual e penal) em vigor no momento do cometimento do ato incriminado. Em decorrência dessa postura, a aplicação da norma processual nova a um processo em andamento ou a um processo a ser instaurado em virtude de evento ocorrido antes de sua vigência, significará aplicação retroativa da lei processual. Nessa linha de raciocínio, o processo deve ser regulado todo pela lei velha, que gozaria assim de ultratividade até o seu término, sob pena de nulidade.²⁴

De outro modo, considerando-se que a norma processual penal não tem como destinatário o fato delituoso, mas a relação jurídico-processual, a aplicação da lei processual penal nova pode ser imediata sem que se possa falar em aplicação retroativa, pois, nesse caso, decorre de uma relação estritamente processual, isso quer dizer que, uma coisa é a relação jurídica de direito material penal, que desencadeia um ato punível e que, pelo princípio da reserva legal, tem de estar previamente tipificado, de modo diferente, é a relação jurídica processual, objeto de incidência das normas processuais penais.²⁵

Nesta perspectiva, abrem-se duas possibilidades.

²⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104-106.

²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104-106.

A primeira possibilidade parte da consideração de que o processo tem fases distintas e autônomas, hipótese em que se admite a incidência da lei processual nova às fases processuais que se iniciarem sob seu império, regendo-se as anteriores inteiramente pela lei velha. Trata-se do "sistema das fases processuais", segundo o qual a lei nova não se aplicaria enquanto não se concluísse a fase em que se encontra o processo que continuará regulado pela lei velha. A segunda possibilidade, sem ignorar as fases processuais, considera que o processo constitui-se de uma sucessão de atos legalmente regulados e raciocina com a suposição de que a lei nova deve ser melhor do que a anterior, inclusive no assegurar com mais eficiência os direitos do acusado. Nesses termos, aplicar-se-á a lei velha ao ato processual em desdobramento, mas a lei nova aos atos processuais posteriores, independentemente da fase em que se encontrar. Trata-se do "sistema do isolamento dos atos processuais", segundo o qual não há falar nem em retroatividade nem em irretroatividade, mas em aplicação imediata da lei processual penal. Por isso é correto o entendimento de que as leis processuais penais novas tem eficácia atual e futura, não podendo afetar a atividade processual já definitivamente cumprida dentro do processo, nem as situações processuais já adquiridas.²⁶

1.2.2 critério adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro

O Código de Processo Penal pátrio, conforme estabelecido no seu artigo 2º adotou o sistema do “isolamento dos atos processuais”, desse modo, a lei processual penal terá aplicação imediata, aplicando-se o princípio do *tempus regit actum*. Conforme os ensinamentos de Fernando Capez, da aplicação do princípio do *tempus regit actum* derivam dois efeitos:

- a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior são considerados

²⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104-106.

válidos e não são atingidos pela nova lei processual, a qual só vige dali em diante;

b) as normas processuais têm aplicação imediata, pouco importando se o fato que deu origem ao processo é anterior à sua entrada em vigor.²⁷

1.2.3 A norma processual penal material e a norma de conteúdo misto

Normas processuais materiais são aquelas que muito embora estejam inseridas no contexto do processo penal, têm forte conteúdo de Direito penal, ou seja, têm forte inter-relação com as normas de direito material, tendo, por isso, conteúdo misto.²⁸

A representação do ofendido, nos crimes de ação penal pública condicionada a tal representação, é um instituto eminentemente processual penal. Suponhamos que um crime cuja persecução criminal esteja condicionada à representação do ofendido seja praticado e que uma nova lei entre, após, em vigor, não mais exigindo representação na hipótese. Pelo princípio *tempus regit actum*, o crime já praticado não dependeria mais de representação. Entretanto, a existência de representação faz com que o crime, em apenas seis meses após o ofendido ter conhecimento de quem é o autor da infração, possa ter a extinção da punibilidade ocorrida, em razão da decadência. A falta da representação no prazo decadencial é fato jurídico material, a saber, a decadência, a qual, por sua vez, acarreta a extinção da punibilidade; em outras palavras, a representação tem um “reflexo penal”. Diríamos que a norma que institui ou elimina a representação é uma norma mista processual penal com “reflexo penal”.²⁹

Portanto, se uma lei penal tem “reflexos penais”, ela deve submeter-se ao princípio da temporalidade da lei penal e não ao princípio do efeito imediato das normas processuais penais. Desse modo, aplicar-se-á o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, ao princípio da ultra-atividade da lei mais benéfica, bem como ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.³⁰

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.131.

²⁹ PACHECO, Daniel Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 108.

³⁰ PACHECO, Daniel Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 108.

Já a norma de conteúdo misto, contendo disposições de Direito Penal e de Direito Processual Penal, deve-se seguir o conteúdo normativo das primeiras, isso, porque, a regra da irretroatividade da norma penal mais favorável ao acusado deve prevalecer sobre os comandos de natureza processual, portanto, se um dispositivo contiver preceitos de Direito material, bem como formulações de Direito processual, surge duas hipóteses: se a norma penal for mais favorável ao réu, aplica-se desde logo, entretanto, se for desfavorável ao acusado, a referida norma não será aplicada.³¹

Esse tratamento diferenciado decorre da impossibilidade de separação entre uma e outra, o que resultaria uma terceira legislação.³²

Nesse diapasão, segundo Eugênio Pacelli, se houver dúvidas quanto ao alcance da legislação penal, no que se refere à sua benignidade em face do réu, deve-se rejeitar a sua aplicação imediata. Isso porque, nem sempre a lei é inteiramente favorável, podendo conter dispositivos que beneficiam e outros que desfavorecem o acusado. Assim, a regra é a da impossibilidade de fragmentação da norma, ou seja, o aproveitamento de “metade” da norma.³³

³¹ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.19-20.

³² DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.19-20.

³³ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.19-20.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

2.1 O princípio da instrumentalidade processual

Com pertinência para o tema é a análise do conceito deste princípio que como será apresentado abaixo decorre da própria essência do processo penal, pois, este, não é um fim em si mesmo, demonstrando, assim, que o processo é um instrumento que visa aplicação da pena decorrente de infração da lei penal, mas por outro lado visa garantir um processo justo.

O princípio da instrumentalidade processual penal ou princípio instrumental significa que o processo não é um fim em si mesmo, pelo contrário, é um procedimento destinado a garantia da liberdade e de instrumento de aplicação da lei penal. É um princípio que decorre da própria “natureza” ou “essência” do processo penal.³⁴

Numa perspectiva mais ampla e geral, o processo penal pode ser entendido como instrumento de garantia dos direitos fundamentais das pessoas sujeitas à persecução penal, incluindo os direitos fundamentais do investigado, réu, ofendidos, testemunhas e peritos.³⁵

Desse modo, o princípio da instrumentalidade processual penal divide-se em princípio da instrumentalidade processual penal garantista ou princípio instrumental-garantista (princípio instrumental-libertário) e princípio da instrumentalidade processual penal punitivo ou princípio instrumental-punitivo.³⁶

Nesse diapasão, o princípio instrumental-garantista, sendo uma das funções

³⁴ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.118.

³⁵ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.119.

³⁶ PACHECO, Daniel Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 119.

do processo penal, deve assegurar os direitos fundamentais do indivíduo, ou seja, garantir não só ao réu, mas também, a vítima e as testemunhas, dentre outros, a interferência mínima do Estado-juiz na liberdade dos agentes.³⁷

De modo diverso, o princípio da instrumentalidade punitiva, como função outra do processo, deve efetivar a função punitiva do Estado, pois o processo é um instrumento de efetivação de interesses públicos.³⁸

Desse modo, deve-se procurar o equilíbrio entre um processo garantista (instrumental-libertária) e um processo instrumental-punitivo (voltado para aplicação do direito penal), contudo, com a prevalência do princípio da proteção da liberdade individual, ou seja, a perspectiva libertária prevalece.³⁹

Assim, a contrariedade fundamental (ou colisão fundamental) entre um princípio instrumental punitivo e um princípio instrumental garantista é da essência de uma persecução criminal constitucionalizada. Quanto mais intensamente se procura demonstrar a existência de um fato delituoso e sua autoria (princípio instrumental punitivo), mais se distancia da garantia dos direitos fundamentais, quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais (princípio instrumental garantista), mais difícil se torna a coleta e produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria⁴⁰

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

A instrumentalidade do processo pode ser vista por um aspecto negativo, correspondente à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir. E, por um aspecto positivo, caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos escorpos do sistema, em outras palavras, o

³⁷ PACHECO, Daniel Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 119.

³⁸ PACHECO, Daniel Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 119.

³⁹ PACHECO, Daniel Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 108.

⁴⁰ Apud PACHECO, Daniel Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 120.

processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sociopolítico-jurídica.⁴¹

2.2 O princípio da economia processual

Por diversas vezes, o magistrado, sob o fundamento do princípio da economia processual, acabam por enfraquecer as garantias processuais. Isso ocorre, porque há uma confusão entre economicidade e celeridade. O aplicador do direito deve buscar uma economicidade processual, mas deve buscar o melhor resultado, dentre os possíveis, atentando sempre para as garantias processuais.

Decorre da necessidade de dar maior eficiência ao processo, visando, desse modo, um menor dispêndio de atos processuais possível, dando maior eficiência ao processo. Existe uma linha tênue entre o princípio da economia e o princípio da celeridade, sendo que alguns autores os tratam como sinônimos e, até mesmo, como sendo um princípio somente, mas com duas vertentes (rapidez e economia).⁴²

Segundo Guilherme de Souza Nucci: “é incumbência do Estado procurar desenvolver todos os atos processuais no menor tempo possível, dando resposta imediata à ação criminosa e poupando tempo e recursos das partes.”⁴³

Esse princípio estabelece que o processo deve alcançar seu resultado como o menor gasto possível de recursos humanos, temporais e materiais, bem como com o menor

⁴¹ Apud PACHECO, Daniel Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 120.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.87.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.87.

número possível de atos e como o menor custo pecuniário.⁴⁴

2.3 O princípio da ampla defesa

A ampla defesa é sem dúvida, juntamente com o princípio da legalidade, um dos mais importantes princípios do direito penal, pois dá a possibilidade do acusado se defender amplamente por todos os meios possíveis e legais de prova. Este princípio, se bem aplicado, garante ao acusado a garantia de se defender das acusações a ele imputadas,

O princípio da ampla defesa vem esculpido no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente.”⁴⁵

O contraditório, sob a perspectiva da teoria do processo, não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de a parte poder impugnar toda e qualquer alegação contrária ao seu interesse. Já o princípio da ampla defesa, impõe a realização efetiva desta participação, sob pena, em alguns casos, causar nulidade no processo.⁴⁶

O princípio da ampla defesa garante ao litigante, seja em processo judicial quanto em procedimento administrativo, o direito de se defender amplamente, isso quer dizer que o acusado (processo judicial) tem o direito de se defender de qualquer meio possível, desde que não seja ilegal ou ilícito. Isso decorre do sistema acusatório adotado pela legislação pátria, onde todas as provas produzidas, em regra, poderão ser contraditadas, bem como o

⁴⁴ PACHECO, Daniel Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 120.

⁴⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.88.

⁴⁶ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.32-33.

acusado tem o direito de se defender amplamente das acusações que lhe são imputadas.⁴⁷

O Estado-juiz tem em seu poder toda a máquina estatal em seu favor, tornando-o, desse modo, a parte mais forte na relação jurídico-processual, enquanto que, o acusado, diante desse aparato estatal, é a figura débil da relação. Do princípio da ampla defesa decorre que, o acusado, tem o direito a autodefesa (sua própria defesa), bem como a uma defesa técnica, fornecida pelo seu defensor, sendo que a defesa técnica é obrigatória no nosso ordenamento (ressalvado os juizados especiais), pois a sua inexistência causaria um enorme prejuízo para o princípio da ampla defesa, gerando, desse modo, a nulidade do processo. Na lição de Fernando Capez: “Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor).”⁴⁸

Entretanto, o STF reduziu a amplitude deste princípio. Neste sentido, a súmula nº 523: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Na lição de Denilson Feitoza, a autodefesa pressupõe o direito de audiência, consistente na possibilidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório, bem como o direito de presença, que traduz-se na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas.⁴⁹

Na lição de Eugênio Pacelli: “Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

⁴⁹ PACHECO, Daniel Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 135.

qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado.”⁵⁰

2.4 O princípio da legalidade

Apesar de ser um princípio do direito penal, trata-se de corolário do modelo penal garantista, pois é dele que decorrem os demais princípios penais e processuais penais. O modelo garantista, proposto por Ferrajoli, reconhece o princípio da legalidade como o fundamento do Estado garantista. Desse modo, é de todo pertinente, para a compreensão de um direito penal, partindo do modelo garantista, a análise do princípio da legalidade

O princípio da legalidade vem estabelecido no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e estabelece que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”⁵¹

O princípio da legalidade é, sem dúvida, o mais importante do Direito Penal. Não existe crime não houver lei anterior definindo-o como tal. A lei é a única fonte do direito penal em relação a definição do que seria contrário ao ordenamento jurídico, ou seja, tudo que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. O Estado Democrático tem com o princípio da legalidade um estreito laço, sendo certo que não há como existir aquele sem este. Na precisa lição de Rogério Greco:

Estado de direito e princípio da legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois que num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei.⁵²

O estado, desse modo, também se submete às leis, isso quer dizer que, não

⁵⁰ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.32-33.

⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.88.

⁵² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.104.

só os “súditos” se submetem às leis, como, também, os governantes. Conforme leciona Rogério Greco, o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais:

1º) proibir a retroatividade da lei penal (nullum crimen nulla poena sine lege previa);

2º) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (nullum crimen nulla poena sine lege scripta)

3º) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (nullum crimen nulla poena sine lege stricta);

4º) proibir incriminações vagas e indeterminadas (nullum crimen nulla poena sine lege certa).⁵³

Paulo de Souza Queiroz afirma que:

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio.⁵⁴

O princípio da legalidade possui duas exigências: formal e material. Do ponto de vista formal, exige que a “lei” penalizadora emane do poder competente, qual seja, o Poder Legislativo, seguindo, desse modo, rigorosamente o procedimento legislativo previsto na constituição. Do ponto de vista material, a lei deve ser razoável, isto é, o legislador deve ater-se às demais garantias constitucionais, tais como à vida, à liberdade, à propriedade para editar uma norma incriminadora, além disso, o congresso só deve proibir o que é penalmente relevante, sob pena de estar adentrando demasiadamente na esfera das garantias individuais.⁵⁵

⁵³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.107.

⁵⁴ Apud GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.108.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio; De Molina, Antônio García-Pablos. **Direito penal: parte geral**. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.34-35.

3 A RETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL À LUZ DO GARANTISMO PENAL

3.1 O modelo garantista

O autor começa abordando alguns aspectos do Direito moderno, direito esse enraizado pelas concepções iluministas, bem como foi embasado nessa visão iluminista clássica que se consolidou os princípios garantistas clássicos, pautados em um direito penal garantista.⁵⁶

Ferrajoli faz uma crítica ao modelo de garantismo clássico. Aduz que, mesmo com o desenvolvimento do direito penal clássico iluminista, este, não foi capaz de impedir as tendências absolutistas e autoritárias, com fundamento na defesa social ou mesmo da prevenção especial. O positivismo jurídico, ainda que tivesse por base a legalidade, permitia sistemas autoritários em que o soberano tinha poderes absolutos na formação da lei e conseqüentemente das sanções penais.⁵⁷

os filões que se misturam nessa tradição, maturada no século XVIII, são muitos e distintos: as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito e pena. Estes diversos filões, contudo além de não serem filosoficamente homogêneos entre si, tampouco são univocamente liberais⁵⁸

Diante dessa concepção, apesar dessas teorias surgirem em um momento iluminista, bem como pautadas em uma lógica garantista clássica, nem todas são unicamente

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.37.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.37.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.37.

liberais, pois em certos momentos são anti-garantistas.⁵⁹

Um direito penal garantista deve ser pautado em princípios tais como: a legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência dentre outros. Tais princípios são frutos diretos do iluminismo moderno.⁶⁰

Esses princípios mencionados, formam um conjunto unitário e coerente.

os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientando assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.⁶¹

O modelo garantista, por apresentar numerosos apontamentos lógicos e teóricos, o que fazem desse modelo um modelo ideal e ideológico, tem apresentado uma deslegitimação por parte dos cientistas que analisam de forma superficial, tendo com resultados políticas totalmente anti-garantistas.

Ademais, antes de empreender sua crítica e revisão teórica, é útil delinear, ainda que apenas esquematicamente, seus elementos constitutivos, Estes elementos são dois: um relativo à definição legislativa, e outro à comprovação jurisdicional do desvio punível. E correspondem a singulares conjuntos de garantias – as garantias penais e garantias processuais – do sistema punitivo que fundamentam.⁶²

Ferrajoli, analisa um outro modelo – autoritário -, que é mais antigo que o modelo garantista, mas que ainda existe em razão de práticas legislativas, policiais e

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.38.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.38.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.38.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.37.

jurisdicionais, tal modelo consubstancia-se numa epistemologia específica, chamada de antigarantista ou inquisitiva que contrapõem-se ao modelo garantista.⁶³

Leciona o autor que:

E esta epistemologia – que chamarei de inquisitiva, ou mais genericamente, antigarantista – pode ser caracterizada, por sua vez, conforme dois aspectos ou elementos simetricamente opostos aos dois requisitos, acima ilustrados, da epistemologia garantista e, como eles, relativos um à definição normativa e o outro à comprovação judicial do desvio pena.⁶⁴

O primeiro - substancialismo penal -, relaciona-se com a definição pelo poder legislativo das condutas que deverão ser punidas, ou seja, na elaboração do que se deve punir. O primeiro aspecto da epistemologia antigarantista é a concepção não formalista nem convencional, mas sim ontológica ou substancialista do desvio penalmente relevante.⁶⁵

Segundo essa visão, o objeto do tratamento penal não é apenas o delito previsto de forma genérica na lei, mas sim o desvio penal numa concepção do que seria imoral, anti-ético, ou anti-social. Passa para além do que é ou não considerado como delito, analisando, desse modo, a pessoa que delinque.⁶⁶

Em suas palavras:

Esta idéia como veremos no parágrafo 27, tem tido muitas e diversas versões: das doutrinas moralistas, que consideram o delito um pecado, às naturalistas, que individualizam nele um signo de anormalidade ou de patologia psicofísica do sujeito, até às pragmáticas e utilitaristas, que lhe conferem relevância somente enquanto sintoma privilegiado e alarmante da

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.43.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.44.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.45.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.75.

periculosidade do autor.⁶⁷

Portanto, funda-se na idéia de que a conduta é em si mesma imoral ou anti-social, ou ainda a própria pessoa que comete a infração penal, cuja conduta é apenas uma manifestação de sua personalidade intrinsecamente má ou anti-social. Essa idéia, põe em xeque o papel da lei no ordenamento jurídico, ocasionando uma certa desvalorização no papel da lei, pois a lei não torna hábil a determinar exclusiva e exaustivamente a sua hipótese de incidência, deixando, portanto, uma arbitrariedade na decisão dos julgadores. Ademais, traz ao ordenamento a previsão de tipos penais abertos e indeterminados, que não definem as condutas delituosas de forma exata e precisa, trazendo figuras elásticas e vagas, permitindo, desse modo, a determinação valorativa da conduta pelo juiz. Descaracteriza, portanto, o princípio da legalidade que é alicerce do modelo garantista. Segundo o autor: “No plano das técnicas jurídicas, estas representações se refletem em uma desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados.”⁶⁸

Mas há ainda formas mais radicais de desvalorização do papel definidor da lei que desembocam em uma dissolução do próprio comportamento criminoso como pressuposto da pena, até identificar, além daquele, o tipo de sujeito ou de autor como delinquente, a partir de um ponto de vista ético, naturalista ou social e, em todo caso, ontológico.⁶⁹

O substancialismo penal também se manifesta nas medidas de prevenção e defesa social presentes nos ordenamentos positivos, baseadas em critérios subjetivos, como a mera suspeita do cometimento de delitos e a presunção de periculosidade orientada por condições ou *status* pessoais como os de vagabundo e reincidente. Analisa-se as condições pessoais do, ou seja, se o agente é “desocupado”, propenso a delinquir, reincidente. Conforme estes requisitos de definição substancial do desvio punível, produz-se um enfraquecimento

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.45.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.45.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.45.

objetivo da garantia insculpida no princípio de estrita legalidade, em virtude do qual ninguém pode ser punido senão por um fato já cometido e exatamente previsto na lei como delito.⁷⁰

Nesse ponto encontra-se a principal diferença entre o convencionalismo penal e o substancialismo, pois no primeiro nota-se uma rígida separação entre direito e outros critérios extrajurídicos de valoração da norma, enquanto o segundo apresenta uma associação entre o direito e a moral, permitindo discriminações subjetivas e, conseqüentemente, invasões do Estado na liberdade dos indivíduos.⁷¹

Temos o decisionismo processual como o segundo elemento da epistemologia inquisitiva. A subjetividade passa a orientar as decisões judiciais, que, baseando-se em valorações ou suspeitas com relação à pessoa do imputado e não em fatos, degrada a verdade processual enquanto verdade empírica, abrindo espaço para o livre convencimento do juiz e para a discricionariedade e arbitrariedade de suas decisões.⁷²

É claro que este modelo de juízo penal potestativo, em vez de cognitivo, tem uma intrínseca natureza autoritária. Seu fundamento é exatamente o inverso daquele próprio do modelo garantista: sem uma predeterminação normativa precisa dos fatos que se devem comprovar, o juízo remete, na realidade, muito mais à autoridade do juiz do que à verificação empírica dos pressupostos típicos acusatórios.⁷³

Assim como o substancialismo penal descaracteriza o princípio da estrita legalidade, o decisionismo processual enfraquece o da estrita jurisdicionabilidade, porquanto confere ao juiz um poder de etiquetamento e de inquisição e degenera o juízo penal, que, de juízo motivado em fatos comprováveis passa a juízo baseado em valorações caracterizadoras

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.45.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.46.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.46.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.47.

de decisões potestativas, não-cognoscitivas e, portanto, autoritárias. Assim, não possuindo caráter cognoscitivo, o processo penal passa a configurar uma atividade administrativa. Se a jurisdição é um procedimento de comprovação dos pressupostos da pena por meios de assertivas empiricamente verificáveis e refutáveis, outra atividade punitiva expressamente contrária a este esquema é algo distinto de jurisdição. É nesse caso, uma atividade substancialmente administrativa (política ou governativa) que caracteriza-se por uma exacerbada discricionariedade que, afetando as liberdades individuais, inevitavelmente se desemboca no abuso.⁷⁴

A fundamental contraposição do modelo epistemológico convencionalista com o modelo epistemológico substancialista, é o tipo de verdade perseguida por cada um. A verdade que objetiva o modelo substancialista do direito penal é a verdade substancial ou material, isso quer dizer que busca-se uma verdade absoluta, comprovadas por qualquer meio e perseguida fora das regras procedimentais, caracterizando uma concepção autoritária na busca pela verdade. De outro modo, o que se busca no modelo convencionalista é uma verdade formal ou processual, que é alcançada em conformidade com as regras processuais e relativa somente a fatos penalmente relevantes.⁷⁵

A verdade formal tem como objeto fatos e circunstâncias descritos na lei como penalmente relevantes, enquanto a verdade material não se atém apenas a fatos e circunstâncias, mas também a indagações inquisitivas a respeito da pessoa do infrator. Assim, a verdade material tem a pretensão de ser uma verdade absoluta, e como tal, degenera-se em juízo de valor, autoritarismo e arbitrariedade. A verdade formal ou processual, de modo diverso, encontra-se pautada nos princípios constitucionais, tais como, o do contraditório e da

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.47-48.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.47-48.

ampla defesa, de acordo com princípio da legalidade.⁷⁶

No capítulo II, primeira parte, o autor apresenta dez axiomas, os quais são chamados de “axiomas garantistas”, sendo que a partir da análise dessas proposições descritivas é possível conceituar os graus de garantismo de cada sistema penal. Partindo desse sistema denominado sistema garantista, é possível fazer uma análise do grau de garantismo dos modelos penais vigentes. Isso quer dizer que, quanto mais proposições são respeitadas pelos sistemas penais, mais alto será o seu grau de garantismo, no entanto, somente se ordenados e interligados sistematicamente, esses axiomas funcionarão como um modelo limite do direito de punir do Estado.⁷⁷

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.⁷⁸

Estes dez princípios, ordenados e aqui concatenados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo garantista de direito penal 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 desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de direito.⁷⁹

Os axiomas, por sua vez, dividem-se em axiomas de garantia penal, bem como proposições de garantia processual. Conforme, aventado acima, o autor funda toda a sua

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.47-48.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.91-92.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.91.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.91-92.

teoria do garantismo penal no princípio da legalidade.⁸⁰

Nesse diapasão, o autor discorre sobre a diferença entre a mera legalidade e a legalidade estrita. A mera legalidade exige a lei como pressuposto da pena e do delito, desse modo, pode-se dizer que somente a lei pode descrever as condutas a serem tuteladas pelo direito penal e, somente ela, pode culminar pena para os indivíduos que venham a transgredir àquela determinada conduta proibida. Portanto, só a lei pode culminar pena e determinar as condutas que gerarão responsabilidade penal para os agentes.

De outro modo, a legalidade estrita exige todos os demais princípios garantistas para a sua formulação, como por exemplo o princípio da ofensividade. Infere-se, portanto, que a legalidade estrita estabelece que para a elaboração de determinada tipificação penal, deve-se observar os demais princípios garantistas, condicionando o elaborador da lei às demais garantias. Conclui-se, desse modo, que a mera legalidade atinge os juízes, pois estão restritos à vontade da lei, enquanto a legalidade estrita atinge o legislador que, por sua vez, deve observar as técnicas para a elaboração das leis. Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante, bem com graças ao segundo, é condicionada.⁸¹

Enquanto o princípio da convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio da cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade e seus enunciados.⁸²

A mera legalidade relaciona-se com a legitimação jurídica formal, pois recai sobre a vigência das leis, sobre o que é ou não proibido pela norma, enquanto que a estrita

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.91-92.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.91-92.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.93.

legalidade relaciona-se com a legitimação jurídica material, pois deriva das medidas a serem observadas na forma como é feita a lei. Na lição de Ferrajoli:

Igualmente podemos distinguir entre mera legalidade e estrita legalidade, colocando a primeira em relação com a legitimação jurídica formal subsequente à vigência das normas produzidas e a segunda em relação com a legitimação jurídica material que deriva dos vínculos que condicionam a validade das normas vigentes à tutela dos demais direitos fundamentais incorporados também às Constituições.⁸³

A estrita legalidade exige outras tantas garantias, tanto penais quanto processuais, sendo, dessa forma, pressuposto da estrita jurisdicioriedade. A legalidade estrita garante a verificabilidade e a falseabilidade dos tipos penais abstratos, assegurando, desse modo, mediante as garantias penais, a denotação taxativa da ação, do dano e da culpabilidade, que formam seus elementos constitutivos. De outro modo, a estrita jurisdicioriedade garante a verificação e a falseabilidade dos tipos penais concretos, assegurando mediante as garantias processuais os pressupostos empíricos do ônus da prova a cargo da acusação e do direito de contestação por parte da defesa.”⁸⁴

A legalidade estrita e a estrita jurisdicioriedade estão concatenadas, sendo a primeira, conforme já exposto, pressuposto da segunda, pois o juiz comprova ou prova que realmente ocorreu o delito – por intermédio do processo penal – somente o que estiver taxativamente descrito na lei com crime.⁸⁵

O autor esclarece que o rol dos axiomas garantistas do modelo garantista não é exaustivo, pois podem surgir uma quantidade inumerável de outros axiomas, deduzidos dos dez que o autor sugere. Outrossim, segundo Ferrajoli, na prática o que ocorre é a

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.350.

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.94.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.92-94.

mitigação de certos axiomas garantistas, pois muitas dessas garantias pressupõe outras.⁸⁶

Estabelece uma distinção entre dois sistemas penais que oscilam entre o sistema garantista penal e o sistema não-garantista. O primeiro modelo o autor identifica como sendo o modelo do Estado de direito, onde o poder de punir do Estado está pautado na total observância da lei e submetidos à formas processualmente vinculantes. De modo diverso, quando o poder de punir do Estado seja total, não consubstanciado na lei, estaremos diante de um Estado totalitário, carente, desse modo de limites.⁸⁷

Aos dois extremos, o autor dá o nome de “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”. Na sua balizada visão:

[...]Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionando e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela da liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob esse aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo.⁸⁸

[...]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 da 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.⁸⁹

Nota-se, portanto, que para Ferrajoli existe um profundo nexo entre garantismo e racionalismo, sendo que quanto mais garantista o sistema mais racional será o direito penal, de modo diverso, quanto menos garantista menos racional o sistema penal.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.91-92.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.95-101.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.102.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.102.

Entre esses dois sistemas acima expostos, existem sistemas intermediários, isso quer dizer que, conforme o autor, alguns sistemas penais “tendem ao direito penal mínimo” e outros “tendem ao direito penal máximo”. Define o princípio da mera legalidade como o primeiro postulado do positivismo jurídico, bem como o princípio da estrita legalidade de segundo postulado do positivismo jurídico.⁹⁰

O princípio de mera legalidade que atua, conforme a fórmula *nulla poena nullum crimen sine lege*, como norma de conhecimento de todas as prescrições penais legalmente vigentes ou positivamente existentes, e somente delas, tem para o jurista o valor de uma regra metacientífica, que chamarei de primeiro postulado do positivismo jurídico: trata-se, mais precisamente, de uma regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito (e não também o que é pecado)[...]Da mesma forma que o princípio de mera legalidade, também o princípio de estrita legalidade, que opera consoante a fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno* etc., como norma de reconhecimento de todas as leis penais formuladas validamente e só destas, tem para o jurista o valor de uma regra metacientífica, a qual poderíamos chamar de segundo postulado do positivismo jurídico: mais precisamente, na medida em que condiciona a validade das normas penais à denotação taxativa das figuras de delito que elas definem, equivale a uma regra semântica acerca das condições de uso da palavra “verdadeiro”, não só na prática penal, mas, da mesma forma, na ciência jurídica.⁹¹

O princípio de mera legalidade limita-se a exigir que o exercício de qualquer poder tenha como fonte a lei como condição formal de legitimidade. Já o princípio da estrita legalidade exige, de modo diverso, dessa mesma lei, que condicione a legitimidade do exercício do poder por ela instituído a determinados conteúdos substanciais.⁹²

No final, o resultado político das duas teorias acabam por ser o mesmo, pois há uma confusão entre direito e moral, ou seja, numa visão externa (ética, política, etc), o direito se legitima partindo-se de juízos de valor, tais como o que é justo (injusto) ou moral

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.101-103.

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.347.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.791.

(amoral), de outra forma, em uma visão interna o que justifica o direito penal é o que está na lei (válido), o que a lei achou por bem proibir. Diante disso, a partir do momento em que tanto as definições formalistas quanto as definições substancialistas igualam a legitimação interna à externa, ou vice-versa, irão se contrapor ao princípio da mera legalidade e da legalidade estrita. Em ambos os casos, tem-se uma confusão entre direito e moral, ou entre legitimação interna e legitimação externa. As doutrinas substancialistas, conforme reduzem a legitimação interna à externa, incorrem no que o autor chama de “*moralismo*” ou “*naturalismo jurídico*” inculpada em falácia normativista, na mesma medida, as doutrinas formalistas, que reduzem a legitimação externa à interna, incorrem, conforme o autor, numa forma de *legalismo ético* ou *natural* viciado pela falácia naturalista.”⁹³

Completa o autor:

O resultado político destas duas confusões opostas é o mesmo: a legitimação externa conferida acriticamente aos conteúdos substanciais do direito positivo, seja considerando-os válidos também porque são substancialmente justos, seja considerando-os justos somente porque são formalmente válidos.⁹⁴

O sistema garantista preconizado por Ferrajoli pressupõe um sistema racional com base em princípios que garantam os direitos do cidadão contra a arbitrariedade por parte do Estado legislador bem como do Estado-juiz. Ferrajoli define três significados para a expressão “garantismo”:

Segundo um primeiro significado, ‘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 a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.344.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.344.

em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.⁹⁵

No último capítulo do livro, o autor define o conceito de Estado de Direito – ao menos no campo do direito penal – partindo de uma distinção formulada por Norberto Bobbio, nos seguintes termos:

Segundo uma distinção sugerida por Norberto Bobbio, isto pode querer dizer duas coisas: governo sub lege ou submetido às leis, ou governo per leges ou mediante leis gerais e abstratas. Ao menos no campo do direito penal, “Estado de direito” designa ambas as coisas: o poder judicial de apurar e punir os crimes é, por certo, sub lege tanto quanto o poder legislativo de defini-los é exercitado per leges; e o poder legislativo é exercitado per leges enquanto, por seu turno, está sub leges, isto é, está prescrita pela lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal.⁹⁶

O autor associa o significado de Estado direito (segundo às definições apresentadas acima) partindo princípio da legalidade. Podemos, grosso modo, associar estes dois significados de estado de direito às duas noções aqui elaboradas a partir do princípio da legalidade: a legalidade em sentido lato (ou validade formal), que solicita, tão somente, que todos os poderes dos sujeitos titulares sejam legalmente predeterminados, bem como as suas formas de exercício e, legalidade em sentido estrito (ou validade substancial), que exige, de outro modo, que lhe sejam legalmente preordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão.⁹⁷

Nesse diapasão, o modelo ideal de estado de direito, é o modelo de legalidade em sentido estrito, o que, nesse caso, é o significado de garantismo.

Designa, por esse motivo, não simplesmente uma “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.785-786.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.789.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.789-791.

Constituições e caracterizado: a) no plano forma, 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 9a 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 imitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária[...]Numa segunda análise, 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.”⁹⁸

Nessa visão, é possível verificar se as normas previstas são efetivamente aplicadas ou se, de modo diverso, há uma divergência entre criação legal e aplicação dessas mesmas normas aos casos concretos que pretendem regular mas aos quais não chegam a ser aplicadas. Tal convergência ou divergência corresponde a legitimidade ou ilegitimidade da realidade jurídica em relação a sua normatização.

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 tendentemente 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) da segundas.⁹⁹

Ainda, no seu terceiro significado, o garantismo é uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa, com alicerce nos bens e nos interesses, sendo 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 e, dessa forma

⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.790.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.786.

entre validade e justiça.”¹⁰⁰

O garantismo serve para legitimar o Estado de Direito, pois todos os Estados que se consideram de direito, deveriam ser meios de garantia dos direitos fundamentais dos homens, dos mais fracos. Essas garantias se tornam mais claras no direito penal, pois a aplicação das penas depende da existência de leis anteriores e está delimitada por estas mesmas leis, não restando qualquer margem para o Estado atuar fora do direito, tanto na formal quanto substancialmente. Num Estado de direito, portanto, as leis delimitam os poderes estatais em seu aspecto formal e substancial. Tal limitação é feita exatamente pela constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais, que podem ser penais e processuais, impondo limites às ações não apenas das pessoas como também do próprio Estado.¹⁰¹

As constituições atuais os preveem expressamente e podem ser de vários tipos, conforme preceitua o autor:

Diferentemente dos direitos de liberdade, que são direitos de (ou faculdade de comportamentos próprios) a que correspondem a vedações (ou deveres públicos de não fazer), estes direitos, que podemos chamar de ‘sociais’ ou também ‘materiais’, são direitos a (ou expectativas de comportamentos alheios) que devem corresponder a obrigações (ou deveres públicos de fazer). A noção liberal de ‘Estado de direito’ deve ser conseqüentemente alargada para incluir também a figura do Estado vinculado por obrigações além de vedações. Digamos, pois, que onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que requerem prestações negativas para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como Estado de direito liberal; onde, ao invés, este também incorporar obrigações, que requerem prestações positivas para a garantia dos direitos sociais, este se caracteriza como Estado de direito social.¹⁰²

Para Ferrajoli, um Estado ideal seria um Estado (e direito) mínimo na esfera

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.787.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.789-791.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.795.

penal, com à diminuição das restrições da liberdade aos cidadãos e à correlativa extensão das vedações legais impostas à sua atividade repressiva, bem como um Estado (e direito) máximo na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las.”¹⁰³

Por fim, vale ressaltar, que o autor defende que as leis não podem proibir determinadas condutas por serem imorais, pois o Estado-Juiz não pode aplicar uma pena a um indivíduo pelo que ele é, mas, tão somente por aquilo que ele fez. Defende, desse modo, que o direito não pode vir entrelaçado com a moral, pois geraria uma invasão demasiada do Estado na esfera individual do cidadão.¹⁰⁴

É somente separando o direito da moral, e reconhecendo-se o caráter inteiramente artificial, convencional e contingente das figuras legais de caráter penal, pode-se evitar o artifício ideológico de superpor ao desvalor jurídico um apriorístico desvalor moral, natural, ou em qualquer caso substancial, e, por conseguinte, de subordinar as investigações criminológicas e por outro lado, os juízos éticos-políticos ao ponto de vista interno dos juízos de desvalor jurídico que constituem o objeto de umas e de outros.¹⁰⁵

3.2 A retroatividade da lei processual penal

Como já mencionado anteriormente, no decorrer do processo penal podem sobrevir normas processuais que beneficiam ou prejudicam o acusado, sendo de fundamental importância para o aplicador do direito, saber qual norma aplicar, dentre as que sobrevierem, para que se possa obter uma prestação jurisdicional encaixada num modelo garantista. Trata-se de determinar a eficácia, no passado, no presente e no futuro, de uma lei que tenha entrado em vigor e de uma que tenha sido ab-rogada ou derogada, ou seja, saber se a nova lei processual

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.799-801.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.345.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.345.

penal regulará os atos processuais realizadas sob o império da lei anterior que substituiu (eficácia retroativa), ou somente os atos que vierem a ser realizados depois de sua vigência (aplicação imediata), bem como se a lei processual penal substituída deve ou não regular situações e atividades posteriores à sua derrogação (aplicação ultra-ativa).

Como é cediço, a Constituição Federal prevê expressamente a possibilidade da lei penal mais benéfica retroagir para beneficiar o réu. Diante desse preceito, seria possível, da mesma forma, reconhecer a retroatividade da lei processual penal mais benéfica?

A lei processual, ao contrário da lei penal, tem aplicação imediata, desse modo, a lei processual entra em vigor imediatamente, sendo ela benéfica ou prejudicial ao acusado¹⁰⁶. No entanto, deve-se dar o mesmo tratamento a ambas, vejamos por que.

O processo penal deve ser garantista, no sentido de assegurar ao máximo os direitos do acusado – principalmente o da ampla defesa, isso quer dizer que o processo deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, portanto sempre que a lei processual nova prejudicar o acusado, suprimindo garantias, esta, limitar-se-á a gerar efeitos somente para as infrações consumadas após a sua entrada em vigor.¹⁰⁷

Não apenas na incriminação de condutas, mas também na forma e na organização do processo –, a lei deve cumprir sua função de garantia, de sorte que, por norma processual menos benéfica, se há de entender toda disposição normativa que importe em diminuição de garantias, e, por mais benéfica, a que implique o contrário: aumento de garantias processuais.¹⁰⁸

A pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. Em outras palavras, o direito tem uma dupla função preventiva, ambas

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.130.

¹⁰⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Retroatividade da lei processual penal e garantismo**. Disponível em:<<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>>Acesso em 31 mar. 2009.

¹⁰⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Retroatividade da lei processual penal e garantismo**. Disponível em:<<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>>Acesso em 31 mar. 2009.

negativas, quais sejam, a prevenção geral dos delitos, bem como a prevenção geral das penas arbitrárias.¹⁰⁹ O que distingue o processo da justiça com as próprias mãos ou outros métodos bárbaros e, justamente o fato de que ele persegue, em coerência com essa dúplici função do direito preventivo do direito penal, duas diferentes finalidades, a punição dos culpados, bem como a tutela dos inocentes.¹¹⁰

Nesse diapasão:

[...] “Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras de jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade[...]¹¹¹

Ademais, no tratamento penal manifesta-se, de maneira mais direta, a relação entre o poder público (punir) e a liberdade privada do cidadão, entre defesa social e direitos individuais.¹¹²

A função do das garantias no direito penal, como mostrarei na terceira parte, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão mito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva¹¹³

Ademais, ambas as normas (penal e processual) cumprem a mesma função político-criminal, de garantia do mais fraco (acusado) frente ao mais forte (Estado). O Estado tem em seu poder, delegados, juizes e promotores. Diante disso, torna-se muito mais poderoso

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.37.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.356.

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.312.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.196.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.90.

do que um cidadão comum que, muitas vezes, não tem nem condições suficientes para obter uma defesa técnica.¹¹⁴ Por isso, o “terrível poder”, como lhe chamou Montesquieu, que é o poder punitivo, deve ser encarado sob uma ótica garantista, em defesa do lado mais fraco da balança (o cidadão).¹¹⁵

Segundo, o direito é uno, por isso, não pode ser garantista em um momento (penal) e antigarantista noutro (processual). Ambos são utilizados pelo Estado-Juiz para exercer o seu direito de punir, o direito penal se ocupa de tipificar as condutas proibidas enquanto que o processo cuida da aplicação das sanções previstas pelo primeiro.

A maioria pacífica da doutrina costumam destacar a separação e autonomia entre o direito penal e o direito processual, relativizando, desse modo, o garantismo penal.¹¹⁶

O direito processual penal é o ramo do ordenamento jurídico cujas normas instituem e organizam os órgãos públicos que cumprem a função jurisdicional do Estado e disciplinam os atos que integram o procedimento necessário para a aplicação de uma pena ou medida de segurança.¹¹⁷

Conforme nos ensina Guilherme de Souza Nucci: “Note-se que a finalidade precípua do processo penal é garantir a correta aplicação da lei penal, permitindo que a culpa seja apurada com amplas garantias para o acusado.”¹¹⁸

Por esse motivo, os princípios e garantias incorporados ao direito penal devem ser aplicados, por igual, ao processo penal, ou seja, sem fazer distinções. Além disso,

¹¹⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Retroatividade da lei processual penal e garantismo**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>> Acesso em 31 mar. 2009.

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.570.

¹¹⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal e direito processual penal: autonomia e déficit de garantismo**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>> Acesso em 25 abril. 2010.

¹¹⁷ Maier, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos**. 3ª. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 75.

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.130.

os constrangimentos gerados pelo processo penal jamais poderão exceder àqueles que poderiam resultar da própria condenação, pois seriam uma aplicação antecipada da pena, suprimindo garantias, bem como violando o princípio da proporcionalidade.¹¹⁹ Nas precisas palavras de Paulo Queiroz: “Assim, não é legítima a prisão provisória sempre que à infração penal cometida for cominada pena não privativa da liberdade ou for cabível a sua substituição por pena restritiva de direito ou semelhante”¹²⁰

Contudo, processo penal e direito penal não se confundem, por exemplo:

a prisão provisória (prisão em flagrante, prisão preventiva) não é a própria pena cominada ao crime, nem sua antecipação, a qual pressupõe um processo, sob pena de se confundir o processo de conhecimento com o processo de execução (a própria execução da pena)¹²¹

Nesse contexto, a confusão do direito penal com o direito processual penal tornar-se-ia perigoso, pois o processo, que deveria assegurar ao réu as garantias que lhe são inerentes, seria um pretexto para legitimar decisões arbitrárias, como se de fato processo algum existisse.¹²²

Terceiro, no direito penal garantista, tal qual inserido em Estado de Direito, as “regras do jogo” hão de ser conhecidas antes de iniciá-lo. As normas processuais devem estar expressamente previstas na lei antes do início da persecução penal, sendo que, ao sobrevir norma prejudicando o agente, que se encontra processado pelo Estado, feriria o

¹¹⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal e Direito Processual Penal: autonomia e déficit de garantismo.** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>> Acesso em 25 abril. 2010.

¹²⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal e Direito Processual Penal: autonomia e déficit de garantismo.** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>> Acesso em 25 abril. 2010.

¹²¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal e Direito Processual Penal: autonomia e déficit de garantismo.** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>> Acesso em 25 abril. 2010.

¹²² QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal e Direito Processual Penal: autonomia e déficit de garantismo.** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>> Acesso em 25 abril. 2010.

princípio da segurança jurídica, se tal norma viesse a ser obedecida imediatamente.¹²³

A acusação deve ser formulada em termos unívocos e precisos, idôneos pra determinar exatamente o fato atribuído e vincular a ele, o objeto da lide e da sentença. Em segundo lugar, deve ser apoiada em indícios adequados de culpabilidade, bem como deve ser completa, ou seja, com todos os indícios que a justifiquem, de modo que o acusado possa refutá-los. Por fim, deve ser tempestiva, isso quer dizer que deve ser formulada a tempo do réu poder organizar a sua defesa.¹²⁴

Portanto, se entra em vigor uma norma posterior ao cometimento do delito, não seria razoável que ela se aplique a um procedimento já iniciado, salvo se a norma procedimental for mais benéfica ao acusado, ou seja, que amplie ou crie garantias. Caso contrário, estaríamos suprimindo algumas garantias, detre elas a do contraditório e da ampla defesa. Assim, segundo as lições de Ferrajoli estaríamos nos distanciando de um direito penal mínimo (garantista) e nos aproximando de um direito penal máximo (antigarantista).¹²⁵

Assim, na lição de Paulo Queiroz:

Sempre que a nova lei processual for prejudicial ao réu, porque suprime ou relativiza garantias - v.g., adota critérios menos rígidos para a decretação de prisões cautelares ou amplia os seus respectivos prazos de duração, veda a liberdade provisória mediante fiança, restringe a participação do advogado ou a utilização de algum recurso etc. -, limitar-se-á a reger os processos relativos às infrações penais consumadas após a sua entrada em vigor; afinal, também aqui – é dizer, não apenas na incriminação de condutas, mas também na forma e na organização do processo –, a lei deve cumprir sua função de garantia, de sorte que, por norma processual menos benéfica, se há de entender toda disposição normativa que importe em diminuição de garantias, e, por mais benéfica, a que implique o contrário: aumento de

¹²³ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Retroatividade da lei processual penal e garantismo**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>> Acesso em 31 mar. 2009.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.558-559

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.90.

garantias processuais.¹²⁶

Desse modo, é totalmente aceitável o argumento da possibilidade de retroatividade da lei processual penal mais benéfica, pois o direito penal deve ser visto como um todo unitário, porquanto é através das normas penais (processuais e materiais) que Estado-juiz se vale para expressar o que foi ou não proibido pela lei, bem como a punição daquele que viola a regra contida na norma penal. Noutra giro, as regras do processo devem ser conhecidas desde o princípio, pois, se acusado, não conhecer os fatos (a sua capitulação legal, etc.) para que possa se defender, nem mesmos os meios postos a disposição para que essa defesa seja alcançada de modo plenamente eficaz, estaríamos diante de uma afronta aos princípios da legalidade e da ampla. Conforme magistério do professor Paulo Queiroz:

Por tudo isso é que não se pode prescindir da irretroatividade da lei processual mais gravosa sempre que haja alteração político-criminal do processo em desfavor do acusado. No particular, é de todo irrelevante, portanto, a mui recorrente distinção entre lei penal e lei processual penal, uma vez que ambas cumprem a mesma função político-criminal, de garantia do mais débil (o acusado) frente ao mais forte (o Estado), além do que o Direito é uno, não podendo, por isso, ser garantista num momento (penal) e antigarantista noutra (processual). Dito de outro modo: no que toca ao tema da retroatividade da lei, o que importa, numa perspectiva garantista, não é a natureza jurídica da norma – se penal, se processual penal –, mas o grau de garantismo que encerra. Afinal, tanto a infração penal quanto o modo de comprovação de sua existência e aplicação da pena têm de vir previstos antes do fato que motivou a intervenção jurídico-penal, a fim de que o cidadão saiba claramente o que deve e o que não deve fazer, como também o que será sancionado, quais são as limitações do juiz e quais são suas garantias no processo penal. Ou seja: as “regras do jogo” hão de ser conhecidas antes mesmo de seu início, as quais não poderão, por isso, ser modificadas depois de iniciado, salvo, obviamente, para favorecer o réu.¹²⁷

Por fim, tratando-se de normas meramente procedimentais que não impliquem aumento ou diminuição de garantias, bem como as regras que alteram tão-só o

¹²⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Retroatividade da lei processual penal e garantismo**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>> Acesso em 31 mar. 2009.

¹²⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Retroatividade da lei processual penal e garantismo**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>> Acesso em 31 mar. 2009.

processamento dos recursos, a forma de expedição ou cumprimento de cartas rogatórias etc., terão aplicação imediata, incidindo desse modo, a regra esculpida no CPP, ou seja, o princípio do *tempus regit actum*.

CONCLUSÃO

O Estado cada vez mais se faz presente na vida dos indivíduos, é um Estado vigilante que procura regular a ordem social, de modo a tentar, assim, harmonizar os diferentes interesses, garantindo a igualdade para os iguais.

Diante disso, temos que procurar uma interpretação do nosso sistema penal sob uma ótica garantista. Não podemos, sob o fundamento da prevenção geral ou especial, ou da retribuição, seja moral ou jurídica, relativizar certas garantias conquistadas com muito esforço e luta.

O modelo garantista é essencialmente teórico, contudo, nos serve de sustentação para a função de punir do estado. Quanto mais os sistemas penais se aproximarem daquele modelo, mais garantista será o direito penal. Também não se pode, sob o pretexto de maximizar as garantias, deixar que a impunidade reine nos sistemas jurídicos. Tem-se que, desse modo, balancearmos esses dois lados da moeda.

Por esse motivo, o direito deve tutelar somente bens e ações penais relevantes, ou seja, deve ser um direito penal mínimo, isso porque, a partir do momento em que o direito penal começa a preocupar-se com condutas insignificantes (penalmente), ocorre uma relativização (ou até mesmo a extinção) dos direitos individuais. Ao direito penal cabe a missão de tutelar o que realmente o que é relevante, assegurando, desse modo, a garantia de que ninguém será condenado por ser imoral, bem como a garantia (para a sociedade) de que aqueles indivíduos que cometeram crimes serão devidamente apenados.

Nesse diapasão, o direito penal garantista se presta a: garantir à sociedade que o infrator será punido por infringir a norma, bem como garantir ao infrator que ela seja

processado com todas as garantias penais e processuais. Uma dessas garantias é a de que do mesmo modo que a lei penal pode retroagir para beneficiar o réu, é possível que seja reconhecida a retroatividade da norma processual mais benéfica, tendo em vista que ambas têm a função de aplicar o *jus puniendi* por intermédio do Estado-juiz.

Atualmente, o Congresso Nacional tem-se preocupado em votar leis, tanto processuais quanto materiais, mais severas sob o pretexto de um argumento político-criminal do endurecimento das regras penais. Isso nos dá uma falsa impressão de solução dos problemas, pois, na verdade, o que há, é uma forte relativização das garantias do cidadão.

Diante disso, para que seja assegurado ao réu todas (ou maioria) das garantias processuais, bem como as do contraditório e ampla defesa, é preciso que o réu saiba (de preferência antes), as regras que vão impulsionar àquele procedimento. Outrossim, se advier alguma modificação procedimental no decorrer do processo, aplica-se, em regra, desde logo (o isolamento dos autos processuais), contudo se a lei relativizar ou suprimir garantias, essa, não deve ser aplicada imediatamente, atingindo, desse modo, os procedimentos futuros, noutra diáspora, se essa norma alargar ou criar garantias, deve ser aplicada imediatamente. Dispensa-se, portanto, o mesmo tratamento dado as regras materiais penais.

Por fim, levando-se em consideração o célebre princípio da celeridade processual, as normas procedimentais neutras, ou seja, àquelas que não interferem diretamente nas garantias do agente, devem ser aplicadas desde já e sem prejuízo dos atos já praticados sob a égide da lei antiga, isso porque são normas meramente procedimentais que adentram na esfera da liberdade individual.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSNTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 05.10.88.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DECRETO-LEI Nº 1.002, de 21.10.69. Dispõe sobre o Código de Processo Penal Militar Brasileiro. D.O.U. De 21.10.69.

DECRETO-LEI Nº 3.931, de 11.12.41. Dispõe sobre a Lei de Introdução ao código Penal.

DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7.12.40. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. D.O.U. de 31.12.40.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

Maier, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal.Tomo I: Fundamentos**. 3ª. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MARQUES, Frederico. **Elementos de direito processual penal**, vol. I. 2. ed. atual, Campinas: Millenium, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACHECO, Daniel Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Retroatividade da lei processual penal e garantismo.** Disponível em:<<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>>Acesso em 31 mar. 2009.

_____. **Direito Penal e Direito Processual Penal: autonomia e déficit de garantismo.** Disponível em:<<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo>>Acesso em 25 abril. 2010.