

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**GARANTISMO PENAL: EM BUSCA DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E
IMPARCIAL**

MARCELO WILLIAM DOS SANTOS

MARINGÁ – PR

2021

Marcelo William dos Santos

**GARANTISMO PENAL: EM BUSCA DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E
IMPARCIAL**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel (a) em Direito, sob a orientação do Professor Doutor e Mestre, Gustavo Noronha de Ávila.

MARINGÁ – PR

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO
MARCELO WILLIAM DOS SANTOS

**GARANTISMO PENAL: EM BUSCA DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E
IMPARCIAL**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel (a) em Direito, sob a orientação do Professor Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (Mestrado e Doutorado) da Universidade Cesumar, Consultor do Innocence Project Brasil, Parecerista no Campo da Psicologia do Testemunho, Gustavo Noronha de Ávila.

Aprovado em: ____ de _____ _____.

BANCA EXAMINADORA

Gustavo Noronha de Ávila – Doutor e Mestre Unicesumar

Marllon Beraldo - Unicesumar

Luiz Borri - Unicesumar

GARANTISMO PENAL: EM BUSCA DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO E IMPARCIAL

Marcelo William dos Santos

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um arcabouço de Direitos Fundamentais. Dentre eles, o devido processo legal, que é pressuposto para a privação de liberdade. Nesta perspectiva a Carta Cidadã, tem como um de seus pilares a Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade esta que somente será alcançada se estiver refletida em todo ordenamento jurídico, e principalmente na aplicação prática da norma. O presente trabalho tem como objetivo compreender a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli. O intuito é de como a observância do auto, pode auxiliar na garantia de um Processo Penal justo, reflexo à Carta Magna. Para um melhor tratamento dos objetivos e melhor apreciação desta pesquisa, observou-se que ela é classificada como pesquisa exploratória. Detectou-se também a necessidade da pesquisa bibliográfica. Buscou-se fazer uso de materiais já elaborados, tais como livros, artigos científicos, revistas, documentos eletrônicos e enciclopédias, na busca e alocação de conhecimento sobre a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli. A intenção é questionar sua efetividade, correlacionando tal conhecimento com abordagens já trabalhadas por outros autores.

Palavras-chave: Constituição de 1988, Dignidade da pessoa humana, Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli.

PENAL GARANTISM: IN SEARCH OF THE DEMOCRATIC AND IMPARTIAL PENAL PROCESS

ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution brought with it a set of Fundamental Rights. Among them, the due legal process, which is a prerequisite for the deprivation of liberty. In this perspective, the Citizen Charter has as one of its pillars the Dignity of the Human Person. This dignity will only be achieved if it is reflected in the entire legal system, and especially in the practical application of the norm. The present work aims at understanding Luigi Ferrajoli's Garantist Theory. The intention is how the observance of the self, can assist in ensuring a fair Criminal Procedure, reflecting the Magna Carta. For a better treatment of the objectives and a better appreciation of this research, it was observed that it is classified as exploratory research. The need for bibliographic research was also detected. We sought to make use of already elaborated materials, such as books, scientific articles, magazines, electronic documents and encyclopedias, in the search for and allocation of knowledge about Luigi Ferrajoli's Garantist Theory. The intention is to question its effectiveness, correlating such knowledge with approaches already worked on by other authors.

Keywords: 1988 Constitution, Dignity of the human person, Luigi Ferrajoli's Garantist Theory.

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro o Direito Penal como matéria do Processo Penal e como instrumento, são o mais puro reflexo da nossa história e trajetória como nação. Primeiramente como colônia de Portugal, posteriormente como Império até chegar à República, e como tal, até os dias atuais. Todavia, todos os códigos, cada um à sua medida, sempre estiveram arraigados a conceitos cuja aplicabilidade destoam dos princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. No mesmo sentido o *modus operandi* e a forma arbitrária de como os princípios fundamentais que defendem os indivíduos, são negligenciados pelo Estado. Seja nos tribunais ou em procedimentos administrativos e policiais anteriores¹, assistimos a posicionamentos que viciam o devido processo legal. Nesse sentido, o único objetivo, é dar uma resposta político-populista para assuntos deveras complexos, que deveriam ser debatidos em outras esferas e não somente no âmbito penal.

Nesse sentido o Estado opressor, arbitrário e excludente, tomou para si a responsabilidade de julgar e punir. Todavia, as Constituições modernas, mitigam esse poder, estabelecendo o devido processo legal. E como tal, nenhuma pena pode ser imposta de forma legítima, sem que esse pressuposto lhe confira validade.

Como ensina o professor Aury Lopes Jr.:

Mas o Direito Penal é despido de coerção direta e, ao contrário do Direito Privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente. Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não só é efeito jurídico do delito², senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo. Por isso, a pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do processo penal, posto que se o processo termina antes de desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional, etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade), não pode ser imposta uma pena.

Nesse contexto entre Estado, Direito Penal e processo penal, surge o Processo Penal Garantista, equivalente ao Direito Penal mínimo, onde Luigi Ferrajoli defende que:

Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades del poder³.

¹ FERRAJOLI, Luigi *et al.* Direito e razão. Teoria do garantismo penal. v. 4. São Paulo: RT, 2002.

² Como explica ORBANEJA, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo I. p. 27 e ss.

³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria geral do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

Este trabalho tem objetivo discutir a aplicabilidade da teoria garantista de Luigi Ferrajoli no ordenamento penal pátrio, como meio de garantia de um processo penal sem mácula. Nesse caso, a figura independente do julgador, estará limitado a julgar, fazendo *jus* do livre convencimento pelas provas trazidas ao processo. Tudo isso, sem a interferência prévia do magistrado, seja na coleta ou conhecimento destas. Busca-se zelar pela paridade de armas e equidade processual, sempre com vistas aos direitos individuais do acusado.

2 TEORIA GARANTISTA

2.1. CONCEITO

Luigi Ferrajoli, conceitua o garantismo em três acepções. A primeira dessa acepção é designada por um modelo normativo de direito, no que tange o direito penal. Nesse sentido, este é um modelo de estrita legalidade, definido como o próprio estado de direito. Ele é caracterizado por um sistema cognitivo de poder mínimo e, no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade. Já no o plano jurídico, é visto como um sistema de vínculos impostos ao poder de punir do Estado, em garantia aos direitos dos cidadãos⁴.

A segunda acepção, temos o garantismo. Ele, designa uma teoria que nos remete a validade e a efetividade, categorizadas distintamente. Na verdade, essa teoria diz respeito a existência e vigência das normas. Neste sentido a palavra garantismo, expressa uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” do “dever ser” e o direito.

Nessa acepção o autor tece uma crítica, no que ele mesmo denomina de Teoria do Direito e crítica ao direito. Tal crítica se faz pertinente, pois coloca em evidência a norma (dever ser) e sua real efetividade (ser). Nesse sentido, de um lado temos a norma que está permeada pelo garantismo e práticas operativas do direito. Essa norma, o próprio autor denomina como sendo tendencialmente anti-garantistas. A perspectiva garantista, busca evitar a dúvida gerada entre o direito vigente e as ilegalidades de seu funcionamento prático. Por essa razão, estimulando sempre o espírito crítico sobre a incerteza permanente sobre a validade das leis e suas aplicações.⁵

A terceira acepção, denominada de Filosofia do direito e crítica à política, impõe ao direito e ao Estado a justificativa externa, conforme os bens e interesses. Nesse caso, a tutela e garantia, constitui a finalidade de ambos. Neste caso então filosófico, temos dois ambientes. O externo (natural), e o interno (artificial). O externo é base que fundamenta os valores, tidos como pré-jurídicos, ou seja, os interesses e as necessidades naturais, individuais e coletivas da população. Já o ambiente interno, é caracterizado pelos setores políticos e jurídicos do Estado, devendo estes corresponder e justificar as necessidades do ambiente externo⁶.

⁴ FERRAJOLI, Luigi *et al.* Direito e razão. **Teoria do garantismo penal**, v. 4, São Paulo: RT. 2002.

⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão no processo penal com bricolage de significantes. 443 p. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão no processo penal com bricolage de significantes. 443 p. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

O professor Gustavo Noronha⁷ reproduz o termo “garantias” nas palavras de Ferrajoli:

Ferrajoli esclarece que a ampliação do significado de “garantias” (em um momento anterior utilizada para fazer referência a Direitos Fundamentais) se deu no terreno do Direito Penal. Mais concretamente, a expressão “garantismo”, no seu estrito sentido de “garantismo penal”, surgiu na cultura jurídica italiana de esquerda, durante a segunda metade dos anos 70, como resposta teórica à legislação e aos julgamentos de emergência que reduziram o já débil sistema de garantias processuais⁸.

Ferrajoli ao defender a teoria *Garantista* na esfera penal, o faz, subdividindo o conceito em três acepções, não para delimitar o tema, e sim para demonstrar sua amplitude. Nesse sentido, sua teoria deve ser entendida em três diferentes prismas. Em um primeiro o garantismo deve ser visto como instrumento de diminuição do poder estatal. No segundo a concepção garantismo é uma crítica e, novamente um instrumento de legalidade a aplicação da norma. Isso por que, existe grande lacuna entre o que está instituído na norma, e a forma como está é empregada. Por fim o garantismo é empregado na perspectiva daqueles que estão no ambiente externo ao político jurídica. Nessa expectativa, o Estado atenda suas necessidades e cumpra a norma, garantidora dos direitos por ele tutelados.

2.2. PRINCÍPIOS DO GARANTISMO PENAL

O garantismo penal é sustentado por princípios que tem como principais objetivos o de dar legalidade ao processo e servir como instrumento, capaz de frear possíveis excessos do Estado. Tais desmandos cometidos por esse, tendem a ocorrer tanto no processo quanto no julgamento quando nos referimos a matéria penal. Nesse sentido, os princípios são os fiadores dos direitos relacionados à vítima e também ao acusado. Seara onde ambos os direitos são tutelados pelo Estado, dentre dos princípios garantistas de origem constitucional. Podemos elencar o do juiz natural, inderrogabilidade do júízo no sentido infungível deste, que não pode ser substituído, a separação da atividade de julgar e acusar, presunção de inocência, contradição e fundamentação das decisões judiciais⁹.

No contexto dessa pesquisa e dentre todos princípios que norteiam o direito processual penal, o princípio do *juiz natural*, é o que se encontra em destaque para cumprimos. O objetivo

⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 16, n. 2, p. 543-561, 2016.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. 2. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2010, p. 61.

⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. **Revista Ibero Americana de Ciências Penais**, 2012.

maior proposto por esse trabalho, que é discutir a imparcialidade do juiz, como garantia de um processo penal justo.

O princípio do *juiz natural*, extraído da Carta Magna, tem o condão de delimitar e fundamentar a função jurisdicional, vinculado a imparcialidade do juízo¹⁰. Tal princípio pode ser encontrado nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição, artigo onde figuram os *Direitos Fundamentais*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Professor Aury Lopes Jr.:

Trata-se de verdadeira exclusividade do juiz legalmente instituído para exercer a jurisdição, naquele determinado processo, sem que seja possível a criação de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CB). Considerando que as normas processuais não podem retroagir para prejudicar o réu, é fundamental vedar-se a atribuição de competência post facto, evitando-se que a juízes ou tribunais sejam especialmente atribuídos poderes (após o fato) para julgar um determinado delito”¹¹

Para o professor Nucci: “Quando se cuida do tema do juiz natural e imparcial, não havendo respeito a tal princípio, qualquer sentença condenatória será absolutamente ilegítima, quiçá nula.”¹²

Adelino Marcon menciona que,

O Princípio do Juiz Natural como um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito. Consiste, na síntese do autor, no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal.¹³

O princípio do juiz natural é reconhecidamente um dos pilares do processo penal. Segundo a Constituição, não serão criados tribunais para julgar casos específicos, tampouco, processo ou sentença, se não pela autoridade competente, ou seja, somente um juiz estabelecido pela legislação vigente, pode dar legitimidade ao processo e garantir uma decisão nos moldes constitucionais.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal, 17 ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional/Editora Forense, 2020.

¹³ MARCON, Adelino. O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal. Curitiba, Juruá, 2004. p. 47 e s.

2.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais se desenvolvem em paralelo as transformações históricas socioculturais principalmente dos povos ocidentais. Ele vem impulsionado pelas disputas de poder, surgindo com o objetivo de conter os abusos e arbitrariedades do poder Estado sobre os direitos dos indivíduos.

Para Norberto BOBBIO:

(...) os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando há o aumento do poder do homem sobre o homem (...) ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor¹⁴.

Os constitucionalistas mais modernos entendem que, os direitos fundamentais estão classificados em gerações, primeira, segunda e terceira. Ainda há quem defenda os de quarta e quinta gerações, demarcadas historicamente cada um a seu tempo. Essas gerações vêm acompanhadas pelas lutas sociais e manifestações culturais. E como resultado, tais expectativas políticas, deveriam ser tuteladas e contempladas no ordenamento jurídico, com uma postura negativa ou positiva do Estado.

Os direitos fundamentais de primeira geração, são caracterizados pela proteção da liberdade individual, e exigem do Estado uma contrapartida negativa, abstendo este de intervir na intimidade ou na individualidade do cidadão. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão inspirada pela Revolução Francesa de 1789, delimitam historicamente o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira geração.

Os direitos fundamentais de segunda geração, também denominados como “direitos sociais”, exigem do Estado uma postura positiva no reconhecimento de direitos, em particular dos trabalhadores. Esse processo ocorre com o objetivo de dirimir as desigualdades entre as classes sociais, marco histórico que se inicia no século XIX, até a primeira metade do século XX.

Os direitos fundamentais de terceira geração, surgem no pós-segunda guerra, e tem o condão da paz e da fraternidade. Seu eixo central, são os direitos inerentes a todos os seres humanos.

Como ensina Norberto BOBBIO:

¹⁴ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

Com a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens¹⁵.

A medida em que a humanidade amadurece e adquire a consciência de que o Estado é o principal ator no que se refere a tutela dos direitos individuais, tanto no reconhecimento quanto em sua efetivação, fica evidenciado que os direitos fundamentais devem estar encapsulados de forma pétreia no bojo dos textos constitucionais. Eles devem ser protegidos contra possíveis arbitrariedades do próprio poder estatal, seja no âmbito político, jurídico ou administrativo.

2.4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTISMO

Ferrajoli em sua obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales*,¹⁶ rediscute de forma aprofundada os Direitos Fundamentais. O autor define como tal, os direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotados de status de pessoa¹⁷. Nas palavras de Ferrajoli: “De fato, são tutelados como universais e, portanto, fundamentais, a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais e similares, bem como os direitos processuais penais, as regras do devido processo legal¹⁸”.

Os alicerces da Teoria Geral do Garantismo, estão fundados na reverência à Dignidade da Pessoa humana e dos Direitos Fundamentais¹⁹. E como tal, não necessitam de estar positivados no ordenamento jurídico para terem validade. Tudo isso devido ao seu caráter universal e subjetivo, inerente a qualquer cidadão ou pessoa frente ao Estado.

O professor Alexandre Morais da Rosa²⁰ nos ensina que,

Nesse sentido, Ferrajoli subdivide os direitos em quatro classes, a) *Direitos Humanos*, que são direitos primários das pessoas que concernem indistintamente a todos os seres humanos; b) *Direitos públicos*, direitos públicos reconhecidos somente aos cidadãos; c) *Direitos civis*, direitos secundários, relacionadas a autonomia privada do indivíduo, a liberdade de contratar, negociar, de escolher e trocar de trabalho; d) *Direitos Políticos*, direitos secundários reservados unicamente aos cidadãos, fundado na representação da democracia política²¹, direito de votar e ser votado.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

¹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Decisão no processo penal com bricolage de significantes. 443 p. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*..., p. 19-20.

¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Decisão no processo penal com bricolage de significantes. 443 p. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

²⁰ *Idem*.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*..., p. 22-23.

A partir dessa estrutura, Ferrajoli tece quatro dimensões dos *Direitos Fundamentais*. A primeira está na diferenciação entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais. Nela o autor defende que os primeiros são direitos inclusivos e universais e compõem a base da equidade jurídica, representando um universo total ou grupos de indivíduos. A segunda classificação de direitos é exclusiva, pois, exclui todos aqueles que não os titulares do direito, como por exemplo o direito à propriedade. Àquele que o detém, também detém o direito, excluindo todo o restante dos indivíduos²². A segunda dimensão está relacionada com a aferição da democracia material, fundada na expectativa da efetivação dos *Direitos Fundamentais*. Tal expectativa se dá pois representa os interesses coletivos, ou seja, a base da equidade jurídica. A terceira dimensão versa sobre o plano internacional, ou seja, a limitação imposta aos poderes públicos internos pelos compromissos assumidos através de tratados internacionais ratificados pelo Estado. A quarta dimensão tem o condão de vincular a relação entre os direitos e as garantias, com o objetivo vedar qualquer hiato advindo da falta de garantias para a efetivação de direitos²³.

O arcabouço doutrinário de Ferrajoli em relação aos Direitos Fundamentais é profundo e denso. Ele é a base para toda a discussão da relação do *Processo Penal*, com instrumento para a efetivação dos *Direitos Fundamentais* através do *garantismo*.

3 PROCESSO PENAL E GARANTISMO

3.1 PROCESSO PENAL

O *Processo Penal* é o instrumento pelo qual o Estado aplica o *direito material*. Nele o Direito Penal estabelece o que é delito e qual a pena a ser aplicada. Todavia, não existe pena, nem tão pouco sua aplicação, sem o devido processo penal.

O professor Aury Lopes Jr, assim leciona que,

Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena. Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena. ²⁴

²² ROSA, Alexandre Morais da. Decisão no processo penal com bricolage de significantes. 443 p. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

²³ *Idem*.

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. Saraiva Educação SA, 2018.

Para Nestor Távora e Rosmar de Alencar, processo penal é definido como sendo,

Com efeito, o processo penal deve ser compreendido de sorte a conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para materializar a aplicação da pena ao caso concreto. Deve-se ter em vista que o jus puniendi concentra-se na figura do Estado.²⁵

Na definição de Fernando Capez: Direito Processual Penal é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo²⁶”

Em um viés voltado aos objetivos do processo penal, pode-se afirmar que, tal processo tem um *status quo* ambivalente. Sob um primeiro prisma, o instrumento garantidor utilizado pelo Estado, quanto ao direito de punir na esfera penal, mostra o Estado como o único ator investido de tal poder. Por outro ângulo, o processo é a ferramenta que veda aos órgãos públicos, a utilização desse mesmo poder de forma arbitrária e inconstitucional.

3.2 PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.2.1 Lei nº 13.964/2019 - Pacote Anticrime

A Lei nº 13.964/2019, vulgo “Pacote Anticrime”, ainda em seu polêmico Projeto de Lei (PL) Nº 6341/2019, foi duramente criticado pela comunidade jurídica penal. Isso por que, dentre suas propostas, se configurava o *plea bargaining*, isto é, instituto que fora copiado do sistema norte americano e que consiste basicamente na negociação da culpa. Nele, o Ministério Público tem a prerrogativa de negociar com o acusado uma pena menor. Tudo isso desde que, ele se declare culpado das acusações. Logo, a proposta de alteração mais repudiada pela comunidade jurídica, se aprovada, feriria gravemente a jurisdição, o princípio do *juiz natural*, o *devido processo legal*, a *presunção de inocência*, o *contraditório* e a *ampla defesa*, dentre outros princípios constitucionais. Nesse sentido, a norma importada, agride os principais direitos fundamentais que norteiam e fundamentam o processo penal. O PL foi alterado e a proposta do *plea bargaining*, como originalmente arquitetada não prosperou, para o bem do ordenamento penal pátrio e da segurança jurídica.

Nesse sentido leciona o professor Aury Lopes Jr.

O *plea bargaining* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e

²⁵ TÁVORA, Nestor; DE ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Curso de direito processual penal. JusPodivm, 2011.

²⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva Educação SA, 2020.

tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal. É verdade que o projeto tenta dar maior protagonismo para o juiz, inclusive permitindo que não homologue o acordo quando “as provas existentes no processo forem insuficientes para uma condenação criminal”. Mas isso é simbólico e meramente sedante, pois não resolve o problema e serve como mero paliativo a uma (apenas uma) das críticas ao modelo de ampla negociação que pretende implantar.”²⁷

Contudo, dentre as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 ao Código de Processo Penal, devemos dar crédito àquela que está mais alinhada com o *garantismo*. Essa tem o intuito de modernizar o *processo penal* e a regulamentação do *juiz de garantias*²⁸. O pacote anticrime, com todas as suas devidas justificativas e críticas, alça o ordenamento penal brasileiro o status de sistema *acusatório*, sistema esse que até então, era tido como *misto*. Todavia, com um viés muito mais *inquisitivo*. Isso foi um reflexo do momento histórico em que o Brasil vivia em 1941, ano em que foi aprovado o atual Código de Processo Penal. Período de instabilidade e perseguições políticas, denominado Estado Novo.

Professor Aury Lopes Jr.:

Pensamos que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neo-inquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neo-inquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz²⁹.

Na prática o *juiz de garantias*, deve atuar exclusivamente no estágio investigativo e pré-processual, não devendo participar das fases processuais de instrução e julgamento³⁰. Ele deve garantir assim, a lisura do processo e imparcialidade do magistrado. Esse por sua vez, não deve se contaminar apreciando provas obtidas, por exemplo, em um inquérito policial, ou seja, um procedimento administrativo investigativo de natureza inquisitória. Nesse etapa, as provas que em regra, não são contestadas pela defesa.

Ferrajoli em sua obra *Derecho y Razón* destaca o pensamento de Carnelutti:

Como considera Carnelutti, que esta ilusión no encuentre sitio en el proceso: su sitio, como se verá en el apartado 10, es tanto mayor cuanto más desvinculada se encuentre la libre convicción del juez de garantias procesales adecuadas en materia de prueba y defensa³¹.

²⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 21 out. 2021.

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

²⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018, p. 52.

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 2001, p 74.

Atualmente o *juiz de garantias*, está com sua eficácia suspensa por tempo indeterminado. Segundo a justificativa do Ministro do STF, Luiz Fux, por ferir a autonomia de auto-organização e financeira do Poder Judiciário³², o *juiz de garantias* ou *juiz da legalidade* como é conhecido nos art. 3º-A e 3º- B e seguintes do Código de Processo Penal, tem como sua principal função, zelar pela legalidade da investigação criminal e ser o protetor dos direitos individuais, leia-se direitos fundamentais. Somente julgando e caçando a suspensão do *juiz de garantias* e implantando o instituto eficientemente dentro da estrutura organizacional do Poder Judiciário, o processo penal brasileiro deixará definitivamente o seu caráter inquisitivo para se converter em um sistema revestido de legalidade em consonância com a Constituição Federal, um sistema legitimamente acusatório.

4 PROCESSO PENAL GARANTISTA

A professora Ana Cláudia Pinho, faz o seguinte questionamento referente ao objetivo do Processo Penal. Empreender, impiedosamente, uma luta contra o crime, ou ser instrumento de garantias e possibilitar um julgamento justo (*fair play*)³³, eis a questão.

Em resposta, podemos afirmar que o processo penal, como já defendido, tem um propósito ambivalente, o do *jus puniendi*. Se em um primeiro plano, ele é o único meio pelo qual o Estado pode fazer jus ao seu direito de julgar e punir, por um outro prisma, temos o processo no papel como garante dos direitos fundamentais *jus libertatis*. Mas, o que causa espanto e gera dúvidas sobre o verdadeiro propósito do Processo Penal, pode ser atestado, conforme justifica a professora Ana Cláudia Pinho. Segundo ela, o Estado ao assumir para si o papel de fazer justiça, também assumiu a tutela pelos direitos fundamentais inerentes aos seus cidadãos. Direitos estes que pelo seu caráter inclusivo e universal, devem ser garantidos tanto as vítimas, quanto aos acusados. Todavia, o que se vê na prática é a total negligência e arbitrariedade com que os órgãos estatais se utilizam do processo para uma verdadeira caça às bruxas, resistindo a todo custo a universalidade dos *Direitos Humanos*, que é concernente a todos, sem exceção.

Professor Aury Lopes Júnior:

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro,

³² Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

³³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/ana-claudia-pinho-carta-jovem-garantista?imprimir=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc³⁴.

Para os professores Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima,

A fórmula do devido processo legal democrático, a nosso ver, deve ser a garantista. Como bem afirma Ferrajoli, a adoção de um modelo garantista no grau máximo pressupõe “uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados”. Se pretendemos preservar os valores consagrados em nossa Constituição Federal, a solução político-criminal passa pela adoção de um sistema processual garantista.”³⁵

Ferrajoli, compara o Garantismo ao Direito Penal Mínimo, entendendo que ambos têm o mesmo significado e compartilham teoricamente do mesmo objeto. Um Direito Penal que minimize a violência da intervenção estatal punitiva, devendo este observar e tutelar, através dos direitos dos indivíduos, tanto no que se refere a positivação dos delitos quanto no percurso processual.³⁶

Sob outra faceta, o Garantismo, ao exigir do Estado uma postura alinhada aos direitos fundamentais, preconizados e tutelados pela Constituição, se desvincula de seu caráter puramente legalista, formal e processual. Ele nesse caso, assumi o papel de garantir na busca pelo verdadeiro Estado Democrático de Direito, o direito à vida, liberdade pessoal, civil e política, bem como as expectativas dos direitos sociais de subsistência e dignidade e direitos individuais e coletivos³⁷.

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. **Revista Ibero Americana de Ciências Penais**, 2012.

³⁵ BRITO, Alexis Augusto Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas SA, 2014, p. 33.

³⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 16, n. 2, p. 543-561, 2016.

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. *Revista Ibero Americana de Ciências Penais*, 2012.

5 CONCLUSÃO

Em suma, a Teoria Garantista de Ferrajoli, antes mesmo de ser garantista é constitucionalista, pois está fundada em preceitos e princípios inerentes as responsabilidades do Estado. O seu caráter de tutelar pelos direitos fundamentais, positivados no topo da pirâmide e tidos como pétreos para Hans Kelsen.

Ferrajoli defende que o Estado só poderá ser considerado Democrático de Direito, se assegurar a **todos** os indivíduos de forma igualitária, os seus direitos primários naturais. Estes direitos, portanto, devem ser inclusivos e se iniciam com o primeiro respirar do ser humano ou até mesmo antes. O direito à vida, a liberdade e dignidade, são direitos inalienáveis, indisponíveis e personalíssimos. Certo é que, a teoria de Ferrajoli, vai de encontro ao fato de que, como na prática os órgãos estatais em matéria criminal, se utilizam de forma desregrada do Direito e o Processo Penal. Seara esta onde a inobservância dos direitos fundamentais é uma constante.

O processo pelo seu caráter instrumental, norteados pelos princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural, presunção de inocência, do contraditório e ampla defesa, são pressupostos, segundo os quais o do garantismo, Ferrajoli se fundamenta e fazendo frente ao Estado, na figura de freio constitucional.

Para alcançarmos de fato condenações ou absolvições nas instâncias penais em consonância com princípios constitucionais vigentes, mesmo com o país atravessando um momento social e político conturbado, dividido e ideologicamente dominado pelos extremos do Estado, deve se apressar em tomar ações que passam pelo modelo garantista de Ferrajoli, tais como a efetivação do instituto do juiz de garantias e a busca incessante pela paridade de armas. A distinção dos atores processuais (defesa, acusação e julgador), em um sistema legitimamente acusatório, que vede a participação do magistrado de instrução e julgamento nos procedimentos investigativos e da produção de provas de ofício, com vistas a manutenção de sua imparcialidade e observância incondicional aos direitos fundamentais, tanto da vítima quanto do réu. Tudo isso para que, não se venha a tomar a posição de vítima perante ao Estado.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 16, n. 2, p. 543-561, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRITO, Alexis Augusto Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas SA, 2014.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi *et al.* **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal, v. 4, São Paulo: RT, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. 2. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Leme: Impetus, 2016.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.
- LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. **Revista Ibero Americana de Ciências Penais**, 2012.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 21 out. 2021.
- MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17 ed. Edição, Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional/Editora Forense, 2020.
- ORBANEJA, Emilio Gómez. **Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria**. Bosch, 1947.
- PINHO, Ana Cláudia. **A Constituição é meu lugar de paz: carta a uma jovem garantista**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/ana-claudia-pinho-carta-jovem-garantista?imprimir=1>. Acesso em: 21 out. 2021.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Maranhão: Livraria do Advogado Editora, 2021.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal com bricolage de significantes**. 443 p. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

STF Notícias. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>. Acesso em: 21 out. 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. São Paulo: JusPodivm, 2011.