

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

GARANTISMO PENAL: UMA URGÊNCIA EM TEMPOS INQUISITORIAIS

Pedro Henrique Mattos de Oliveira Santos

RIO DE JANEIRO

2017/2

Pedro Henrique Mattos de Oliveira Santos

GARANTISMO PENAL: UMA URGÊNCIA EM TEMPOS INQUISITORIAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.**

Rio de Janeiro

2017/2

Pedro Henrique Mattos de Oliveira Santos

GARANTISMO PENAL: UMA URGÊNCIA EM TEMPOS INQUISITORIAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/2

CIP - Catalogação na Publicação

Mg Mattos de Oliveira santos, Pedro Henrique
Garantismo Penal: uma urgência em tempos
inquisitoriais / Pedro Henrique Mattos de Oliveira
santos. -- Rio de Janeiro, 2017.
67 f.

Orientador: Geraldo Prado.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Processo Penal. 2. Garantismo. 3. Democracia.
I. Prado, Geraldo, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Yone e Ismael, por tudo.

Ao meu irmão, João, pela parceria e companheirismo em todos os momentos.

Ao meu orientador, Geraldo Prado, com quem tive a honra e o prazer de aprender lições que vão muito além do campo do Direito.

À Dra. Rosa Cardoso da Cunha pela colaboração no desenvolvimento do trabalho e pela experiência que me passa diariamente.

Aos queridos companheiros de escritório Dr. José Carlos Tórtima e Dr. Renan Gavioli, por me fazerem gostar e acreditar na advocacia criminal como instrumento de defesa dos valores democráticos.

Agradeço também a minha querida Lorena Vieira, por toda a contribuição, sem esquecer o Gabriel Duarte pela ajuda e revisão no presente trabalho.

Por fim, aos amigos Pedro Doná, Flávio Guercio e Renan Salles, por nossas instigantes conversas sobre política e processo criminal.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo a respeito da teoria do garantismo penal, marcada pelo o estabelecimento de vínculos e de limitações ao poder punitivo, no âmbito do processo penal. Embora haja uma falsa percepção de que o inquisitorialismo foi superado pelo advento das democracias modernas, é possível perceber, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, as permanências de tal modelo. A superação dessas disfunções autoritárias reclama uma instrumentalidade crítica e a implementação da epistemologia garantista, capaz de concretizar um projeto de transformação social e cultural da sociedade.

Palavras-chave: autoritarismo; garantismo; democracia; epistemologia inquisitiva; epistemologia garantista.

ABSTRACT

This paper intends to study the theory of criminal guarantees, marked by the establishment of limitations to punitive power, within the scope of criminal proceedings. Although there is a false perception that inquisitorialism was overcome by the advent of modern democracies, it is possible to perceive, within the Brazilian legal system, the permanences of such a model. The overcoming of these authoritarian disfunctions demands a critical instrumentality and the full implementation of the guarantees epistemology, capable of concretizing a project of social and cultural transformation of our society.

Keywords: criminal system; authoritarianism; guarantees; democracies; epistemology of inquisitorialism; epistemology of guarantees.

SUMÁRIO

<u>DADOS PESSOAIS.....</u>	<u>5</u>
<u>1.INTRODUÇÃO.....</u>	<u>10</u>
<u>2.CAPÍTULO I – A FORMAÇÃO DO PARADIGMA GARANTISTA.....</u>	<u>13</u>
<u>2.1.O Garantismo e a superação do iluminismo jurídico-penal.....</u>	<u>13</u>
<u>2.2.Os fundamentos do direito de resistência.....</u>	<u>15</u>
<u>2.3.O sistema de garantias e o Estado de Direito: as dimensões de democracia.....</u>	<u>18</u>
<u>2.4.A importância de uma teoria crítica do processo penal.....</u>	<u>22</u>
<u>2.5.As matrizes autoritárias e os obstáculos para a consolidação do sistema acusatório no Brasil.....</u>	<u>24</u>
<u>2.6.O Direito penal mínimo e o direito penal máximo.....</u>	<u>27</u>
<u>3.CAPÍTULO II - O AUTORITARISMO E A OPOSIÇÃO AO MODELO GARANTISTA.....</u>	<u>31</u>
<u>3.1.O modelo inquisitorial na modernidade – o Estado de Exceção.....</u>	<u>31</u>
<u>3.2.O paradigma etiológico e o defensivismo.....</u>	<u>34</u>
<u>3.3...A construção política do inimigo e o etiquetamento social.....</u>	<u>36</u>
<u>3.3.O neopunitivismo.....</u>	<u>40</u>
<u>3.4.A sede de vingança e a incompatibilidade com a proteção aos direitos fundamentais.....</u>	<u>43</u>
<u>4.CAPÍTULO III - ANÁLISE DE DECISÕES E O MODELO GARANTISTA DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO: ILUSTRAÇÃO DO CONFLITO.....</u>	<u>46</u>
<u>4.1.O Habeas Corpus 126.292 e a execução provisória da pena.....</u>	<u>46</u>
<u>4.1.1.Breves considerações a respeito do julgamento.....</u>	<u>46</u>
<u>4.1.2.Ofensa ao princípio da presunção de inocência como reprodução da epistemologia inquisitiva.....</u>	<u>48</u>
<u>4.2.Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador e o posicionamento garantista da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....</u>	<u>58</u>
<u>4.2.1.Breves considerações a respeito do julgamento.....</u>	<u>58</u>
<u>4.2.2.Análise do julgamento e o respeito às garantias fundamentais.....</u>	<u>59</u>

<u>4.3. Reflexão crítica das decisões e a saída garantista no combate ao inquisitorialismo.</u>	<u>61</u>
<u>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>66</u>
<u>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>68</u>

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do respeito ao paradigma garantista, imprescindível para o estabelecimento de vínculos e de limitações ao poder punitivo, no âmbito do processo penal. Parte-se da constatação do panorama atual do sistema de justiça criminal, em que a cultura do encarceramento em massa e as consecutivas violações de direitos humanos se fazem recorrentes, para afirmar a necessidade da defesa intransigente dos direitos fundamentais. É nesse contexto que está inserido o programa epistemológico formulado por Luigi Ferrajoli que, no trabalho, atesta-se como indispensável para superar a tradição autoritária em que estão inseridos os atores jurídicos criminais no Brasil.

Propõe-se, sobretudo, uma reflexão crítica a respeito da crise de legitimidade que assola as democracias modernas. Diante da ausência de limites ao poder estatal, os juízes criminais abandonam sua função de tutela das garantias individuais do imputado para se transformarem em representantes dos desejos punitivos das vítimas e da sociedade. Nessa ordem, ocorre o crescimento de discursos utilitaristas e da crença no processo penal como instrumento de segurança pública.

A ideia de maior eficiência na repressão criminal se reverte em um discurso, associado a natureza processual inquisitiva, de que os direitos e garantias fundamentais apenas devem ser respeitados enquanto não representarem obstáculos á persecução criminal. Diante disso, insere-se a necessidade de invocação de um direito penal mínimo, como forma de conter a violência estatal e de conferir concretude aos direitos e garantias fundamentais.

A história do processo penal é, sem dúvida, marcada por intensa violência e brutalidade. Desde os suplícios – castigos corporais ordenados por sentença judicial - no início do século XVIII até os dias atuais, a forma como se sustenta o processo penal demonstra de que maneira estão estruturadas as relações de poder político dentro da coletividade.

Nesse contexto, tem razão James Goldschmidt quando afirma que o processo penal de uma nação constitui, de fato, o termômetro dos elementos autoritários presentes nessa

sociedade.¹ Em uma nação marcada por um autoritarismo enraizado, inclusive no pensamento dos operadores do direito, nada mais elementar do que o processo penal se estabelecer também de forma inquisitorial.

O modelo garantista, descrito pelo teórico italiano, por outro lado, está inscrito em uma lógica de um direito e um processo penal mínimos. Tal modelo equivale a um sistema de minimização do poder e de maximização do saber produzido de forma segura perante o órgão julgador. O papel da jurisdição penal, portanto, deve ser o de garantir o respeito e a prevalência dos direitos fundamentais – considerados como forma de estabelecer limites ao arbítrio estatal

O que se apresenta hoje no Estado brasileiro, contudo, constitui verdadeira oposição ao paradigma sustentado. A crença no processo penal como instrumento de pacificação social faz os magistrados optarem, via de regra, pela privação da liberdade em detrimento de alternativas penais mais humanas e menos degradantes.

Em oposição ao ideal de contenção da violência punitiva, temos o modelo inquisitorial. Inserido em um raciocínio antidemocrático, tal modelo elege certas condutas e grupos sociais para estigmatizar e caracterizar como inimigo. No panorama atual, esse modelo de direito penal máximo se faz recorrente. A permanência de um marco militarizado de segurança pública nos permite observar a prevalência de um Estado de exceção dentro de um horizonte formalmente democrático.

Nessa perspectiva, estabelece-se que o Estado de direito contemporâneo produz suas próprias exceções permanentes ² a ensejar uma violência conforme o Direito. Tal construção implica que os direitos e garantias fundamentais sejam vistos como entraves à eficiência da pretensão punitiva estatal, o que proporciona o fenômeno do encarceramento em massa. Em

1 LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Volume I. 7ª edição. Editora: Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2011, p. 45 – 47.

2 AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo. Editora: Boitempo. 2003, p.38.

nome de um direito abstrato à segurança pública, liberdades individuais são violadas e a dimensão substancial de democracia demonstra-se distante.

Em apertada síntese, o presente trabalho almeja contribuir para o desenvolvimento de um saber processual penal crítico, capaz de resistir à realidade autoritária dos foros criminais brasileiros. Para isso, busca-se o amparo no sistema garantista, definido por Ferrajoli, como forma de alcançar a racionalização do exercício do poder punitivo e de ampliar os níveis de operacionalidade dos direitos e garantias fundamentais.

2. CAPÍTULO I – A FORMAÇÃO DO PARADIGMA GARANTISTA

2.1....O Garantismo e a superação do iluminismo jurídico-penal

A construção do Estado moderno como Estado de Direito permitiu, a partir do pensamento jurídico iluminista, a formação de uma série complexa de vínculos e de garantias estabelecida para a tutela do indivíduo contra o arbítrio punitivo. Nessa ordem de ideias é que está inserido o paradigma garantista.

Ainda que esse complexo sistema se encontre incorporado à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, na prática, é largamente violado por leis ordinárias e por todo imaginário antidemocrático que, de um modo geral, permeia a atuação dos agentes jurídicos criminais no Brasil.

Importa ressaltar que o direito penal conserva intrinsecamente uma natureza violenta e brutal que acaba por causar dubiedade com relação a sua legitimidade política e moral. A violência estatal, por meio da pena, ainda que atribuída de forma democrática, consiste, de fato, em uma segunda violência (violência estrutural) em resposta ao delito (violência individual).³ Diante disso, propõe-se uma reflexão crítica a respeito dos limites para a atuação do poder punitivo e da crise de legitimidade que assola os hodiernos sistemas penais.

De início, para a compreensão do modelo epistemológico formulado por Luigi Ferrajoli, é mister atentar para a necessidade de tutela de valores e categorias primordiais para o teórico italiano.

Certo é que o Garantismo possui uma ligação intrínseca com a proteção aos direitos fundamentais, tendo em vista que se prende a um ideal de racionalidade para a atribuição de responsabilidade criminal, como forma de limitação do poder de punir.

³FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 3ª edição. Editora: Revista dos Tribunais, 2010. Introdução.

Dentro dessa ótica de tutela dos direitos fundamentais, pode-se dizer que o Garantismo deriva do Iluminismo, configurando-se como um modelo crítico de produção do saber.⁴ Nessa perspectiva, identificam-se conformidades no modelo teórico estudado com o pensamento iluminista, na medida em que este último foi responsável por promover o homem e seus direitos, decorrentes da opção pela civilização e a negação da barbárie.

Aduz-se que a concepção iluminista constitui uma importante referência, tendo em vista que sua raiz se inspira na luta por humanidade e por respeito às garantias individuais, em detrimento ao irracionalismo das teses inquisitivas.

O contra-iluminismo, por outro lado, é caracterizado por toda a estrutura de saber/poder que concebe o homem como descartável, irrelevante, negando a primazia dos seus direitos, em defesa de uma concepção verticalizada e anti-secular de sociedade.⁵

De fato, o pensamento iluminista representou momento de grande relevo para a cultura jurídico-penal, no sentido de que maior parte das garantias penais e processuais penais que compõe o Estado constitucional foi formulada a partir desse marco histórico. Contudo, o esquema de arbitramento da responsabilidade criminal por ele trazida, fundada na ideia do julgamento como um silogismo perfeito e do juiz como boca da lei apresenta uma clara deficiência política devido a sua marcante fragilidade epistemológica e à sua conseqüente inoperabilidade jurídica.⁶

Na contemporaneidade, a teoria geral do garantismo desenvolve-se a partir da matriz iluminista e em oposição aos modelos defensivistas e hipercriminalizadores dos discursos punitivistas. Dessa forma, apresenta-se como um modelo de resistência à lógica do

4PEDRINHA, Roberta Duboc. *Notas sobre no Garantismo de Luigi Ferrajoli: da base principiológica ao modelo penal - a imperatividade de sua aplicação e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: Revista UCAM 2 – Garantismo e Ferrajoli, p.4.

5CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 77.

6FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, op. cit., p. 17.

encarceramento em massa e à noção de que os direitos fundamentais constituem obstáculos a eficiência da persecução estatal. Opta-se, com isso, pela humanização do arbitramento de responsabilidade criminal, como forma de atender aos preceitos constitucionais.

Nesse sentido, faz-se preciso recorrer às lições do professor Salo de Carvalho:

“Dessa forma, é como discurso de resistência às novas tendências transnacionais no ramo do controle social, reflexo da reengenharia político-econômica, que exsurge a teoria garantista. Apresenta-se, pois, como saber crítico e questionador, como instrumento de defesa radical e intransigente dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações genocidas do direito e do Estado contemporâneo.”⁷

É necessário, portanto, como tarefa prévia, a revisão crítica da epistemologia jurídica iluminista como meio de aplicação da teoria garantista, apresentando com isso óbices rígidos ao poder punitivo.

2.2....Os fundamentos do direito de resistência

Como consequência lógica de uma teoria que impõe limites ao arbítrio estatal, situa-se o direito de resistência. Tal direito constitui mecanismo de garantia do indivíduo contra o abuso tanto do poder executivo (tirania) quanto do legislativo e do judiciário. Trata-se de uma forma de defesa natural contra qualquer tipo de opressão, necessária ao estabelecimento de um modelo de Estado Democrático de Direito.

Nos casos de tirania, haveria uma deturpação do poder soberano, tendo em vista que este não mais se direciona à satisfação das necessidades fundamentais da comunidade. É possível inferir, a partir de Locke, que a tirania consiste, portanto, no exercício do poder além do Direito, o que não se permite a nenhum ser vivente.⁸

⁷CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias...*, op.cit. p. 79.

⁸*Ibid.* p. 37.

Uma breve análise histórica nos permite afirmar que a opressão é característica inerente ao poder e, por isso, são necessários mecanismos que possam regular a atuação de todos os poderes. A Revolução Francesa e a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) preocuparam-se em dar prioridade ao cidadão e aos seus direitos, em detrimento do governo, constituído e fiscalizado pelos próprios cidadãos. Desse modo, elencou-se a “*resistência à opressão*” como um dos pilares que deveriam ser seguidos por todos Estados.⁹

Dentro da história da humanidade, em nenhum momento, registrou-se uma sociedade perfeita, isto é, livre de injustiças e imperfeições políticas. Tais incongruências geram, nas formas de convivência humana, um sentimento de desprezo pela autoridade estabelecida.¹⁰ Embora ocorra um declarado prestígio pelas ideologias da lei e ordem, observa-se que a estabilidade política e econômica almejada por esses discursos não transparece no plano social, tendo em vista que os Estados modernos se caracterizam pela perpetuação de desigualdades e pela violação de direitos.

Em relação a esse ponto, Joana de Menezes Araújo da Cruz assevera:

*“O Estado que permite a reprodução de injustiças históricas e não avança em reconhecimento, nem em efetivação de direitos não funciona como deveria, e seus membros devem observar apenas os comandos que geram benefícios sociais, ao contrário daqueles que cristalizam e engessam injustiças estruturais.”*¹¹

Nessa conjuntura é que está inserido o direito de resistência, ou seja, como exercício de um poder imperativo, por parte dos cidadãos, de oposição à ordem estatal, com o fundamento de realizar direitos fundamentais. Sendo assim, a efetivação de tal direito se

9CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. *Algumas linhas sobre o direito à resistência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 12, v. 3, 1995. p. 155-161 / RBCCRIM Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

10 CRUZ, Joana de Menezes Araújo da. *Desobediência Civil nos Interstícios do Estado de Direito*. 1ª edição. Editora: Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2017, p. 39.

11 *Ibid.* p. 40.

encontra intrinsecamente ligado ao ideal de democracia e de Estado constitucional de direito, sendo certo que estes valores se consagram a partir da afirmação do povo e do respeito às garantias fundamentais, conquistadas no decorrer das lutas históricas.¹²

Na contemporaneidade, mesmo não estando presente de forma expressa na maioria dos ordenamentos jurídicos, o direito de resistência pode ser invocado tanto nos regimes democráticos quanto nos regimes autoritários.

No Brasil, por exemplo, embora a Constituição Federal de 1988 não tenha tratado diretamente de tal direito, existem diversos autores que defendem a presença implícita desse conceito no artigo 5º, inciso II da Carta Magna, leia-se “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹³

Sob esse ponto vista, torna-se relevante destaca também o artigo 5º, parágrafo 2º do mesmo dispositivo constitucional.¹⁴ Esse artigo permitiu que o ordenamento jurídico brasileiro estivesse aberto ao reconhecimento de novos direitos, como meio de suprir deficiências e contradições, ampliando com isso os meios de operacionalização desses direitos.

Uma vez que os atos dos detentores do poder forem exercidos à revelia da lei, em especial da *Lei maior*, restará legítima a resistência por parte da população alvo da opressão em questão. A todos os indivíduos deve ser garantido, portanto, o direito à revolução, sendo este compreendido como o direito de negar sua lealdade ao governo, opondo-se a este, quando sua tirania e sua ineficácia para lidar com questões políticas são desmesuradas.¹⁵

¹²*Ibid.* p. 57 – 62.

¹³FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *Direito de resistência e desobediência civil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151021-12.pdf>. Consultado em 13 de outubro de 2017.

¹⁴ Artigo 5º, II da CRFB: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

No que se refere à desobediência, conceitua-se que esta se caracteriza por uma atitude passiva, um não fazer, enquanto a resistência, por outro lado, implica uma conduta comissiva de manifestação contra o poder. Embora diversos tais conceitos não são opostos, representando expressões da deslegitimação do abuso da vontade punitiva.

Nessa ordem ideias, temos que o direito de resistência constitui importante sustentáculo da teoria de limitação do poder penal. Mais do que mera reação ao fervor punitivista, tal formulação trata de verdadeira exteriorização da prevalência hierárquica dos direitos sobre os poderes, indispensável para atingir o projeto democratizante previsto na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos.

2.3....O sistema de garantias e o Estado de Direito: as dimensões de democracia

Dentro de uma perspectiva democrática, torna-se necessário desvelar a intimidade entre poder político e poder punitivo, como forma de minimizar a injustiça tanto pública quanto particular. Nesse sentido, o processo penal apenas se justifica como óbice ao arbítrio e à opressão, estabelecendo um método de obtenção de conhecimento seguro para se alcançar o ideal de Estado de direito, marcado pela imposição de limites ao sofrimento imposto pelo Estado.

Nas palavras de Eugenio Raul Zaffaroni:

*“Os Estados de Direito não são nada além da contenção dos Estados de Polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto.”*¹⁶

A noção de Estado de direito traz, por si mesmo, a ideia da existência de limites legais ao exercício do poder. Nesse quadro, constata-se que tal tipo de organização se define por

15 THOREAU, Henry David. *Desobediência. Antología de ensayos políticos*. Traducción y notas de Laura naranjo Gutiérrez, Carmen Torres Garcia y Marcos Nava Garcia. Madrid, errata naturae editores, 2015, p. 61.

16ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro. Editora: Revan. 2007, p.169.

essência como aquele que respeitando os direitos individuais, cria leis de acordo com a conveniência política, submetendo-se a elas.

O Estado de direito apresenta-se, assim, como contraposição ao Estado absoluto e ao Estado policial, sendo os últimos modelos autoritários de Estado. A partir do enfoque histórico, constata-se que o Estado de direito nasce em um movimento de resposta ao absolutismo e demais formas de despotismo. Contudo, é indispensável destacar que a própria história tratou de demonstrar o fracasso de tal projeto político. Como exemplos desse fracasso, podemos apresentar o Estado Fascista italiano e o Estado Nazista alemão, visto que ambos também se apresentavam como Estados de Direito.¹⁷

Não raro, como nos exemplos citados acima, observa-se uma enorme deturpação dessa função de contenção do arbítrio por parte do Estado. Ao invés de controlar o poder, o direito serviu (e continua servindo) para disfarçar as relações de dominação política e econômica. Nessa perspectiva, a funcionalidade real do Estado de direito passa a ser a de viabilizar uma aparência de normalidade indispensável à permanência dessa ordem de dominação e exploração.¹⁸

A partir desse panorama que nos permite inferir a real funcionalidade do Estado moderno, e com base na formulação de Montesquieu, Luigi Ferrajoli observa uma tendência nas atuais democracias. De acordo com o autor italiano, é notório que os poderes, diante da inexistência de limites e controles tendem a concentrar-se e acumular-se em formas absolutas, constituindo os chamados *poderes selvagens*.

De acordo com o senso comum, o conceito de democracia é comumente concebido a partir do significado etimológico da palavra (poder do povo ou governo do povo), isto é, como possibilidade da população assumir relevância nas decisões políticas diretamente ou por intermédio dos seus representantes. Sendo assim, este conceito estaria relacionado único e

17CASARA, Rubens R.R. *Processo Penal do Espetáculo. Ensaio sobre a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. Florianópolis. Editora: empório do direito. 2015, p. 103 - 105.

18Ibid. p. 105 – 108.

exclusivamente como uma expressão da vontade popular. Na perspectiva garantista, entretanto, a definição de democracia se estabelece de forma muito mais complexa.

Consoante o modelo epistemológico formulado pelo mestre italiano, essa noção formal de democracia, que identifica no povo e seus representantes (quem) e no sufrágio universal e a regra da vontade da maioria (como), os fundamentos das decisões, independente de seus conteúdos, constitui certamente uma conotação necessária, porém não suficiente para que possamos falar em um sistema político democrático.¹⁹

Para a teoria garantista, torna-se imprescindível que além da descrição explanada, incorporem-se também limites e vínculos substanciais, ou seja, de conteúdo, a respeito daquilo que não é lícito decidir ou não decidir. Nas constituições modernas, essa função é preenchida pelos direitos fundamentais.

Disso resulta uma redefinição da democracia constitucional como sistema jurídico articulado sobre duas dimensões²⁰: a dimensão formal, fundada nas regras procedimentais de expressão da vontade da maioria; e a dimensão substancial, fundada na tutela dos direitos fundamentais, configurando normas materiais limitativas ou imperativas do Estado constitucional.

Nessa perspectiva, para que se possa falar em um Estado democrático é imprescindível que o princípio da legalidade, além do seu caráter formal/procedimental - que rege e condiciona a validade das leis por meio da estipulação das formalidades previstas -, também se revista de uma feição substancial/material, relacionada com o respeito e a prevalência dos direitos fundamentais.

A diferença primordial entre estes dois modelos de Estado moderno reside no fato de que no primeiro (Estado de direito, também denominado de Estado legislativo) os limites ao

19 FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens. A crise da democracia italiana*. Tradução: Alexandre Araujo de Souza. Editora: Saraiva (100 anos). 2014, p. 17 – 19.

20 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Uma discussão sobre direito e democracia*. Tradução: Alexandre Araujo de Souza. Rio de Janeiro Editora: Lumen Juris. 2012, p. 8 – 10.

poder se encontram restritos ao princípio da legalidade formal. Já no segundo modelo (Estado constitucional ou democrático de direito), as normas constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais se revestem de natureza vinculante.²¹ Nesse sentido, a proteção a esses direitos e garantias fundamentais adquire singular importância, pois transforma a Constituição em referencial hermenêutico dos conteúdos que podem ou não ser alvos de deliberação por parte do poder legislativo.

No cenário brasileiro, é significativo ressaltar o artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal. Tal dispositivo legal estabelece os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, estipulando inclusive a impossibilidade de estes serem objetos de proposta com tendência à abolição. Resta assim evidenciada a enorme relevância da questão.

Em apertada síntese, pode-se exclamar que a democracia formal se refere ao *quem* e ao *como* se dão as decisões, consubstanciando regras formais de exteriorização da vontade da maioria; enquanto a democracia substancial impõe vínculos rígidos ao que pode (ou não pode) e ao que deve (ou não deve) ser deliberado por esta maioria.²² Repete-se, mais uma vez, que tais limites materiais são definidos pelo respeito às garantias fundamentais.

A partir do apego à epistemologia garantista, pode-se afirmar, portanto, que os direitos e garantias fundamentais equivalem ao núcleo de legitimidade substancial do Estado democrático de direito, visto que estes constituem uma relevante barreira de justiça material, independente dos desejos das maiorias de ocasião.

Importa ainda destacar que a concepção de democracia reduzida a vontade da maioria não encontra respaldo no processo de positivação e internacionalização dos direitos humanos. Ademais, tal visão, frequentemente, demonstra-se autoritária, tendo em vista que torna universal determinada demanda, excluindo os direitos das minorias (raciais, sexuais, sociais, entre outras).

21CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora:Lumen Juris, 2008, p. 104.

22Ibid. p. 105 – 108.

2.4....A importância de uma teoria crítica do processo penal

A história do processo penal tem como enredo o sofrimento e a violência das pessoas selecionadas para serem investigadas, acusadas e condenadas por violação a tais leis. Nessa lógica, é o Estado quem detém o monopólio do uso legítimo da força como resposta aos desvios de conduta etiquetados como criminosos. Constitui-se com isso um cenário trágico em que a brutalidade seja ela por conta do Estado ou do indivíduo torna-se contumaz.

A partir dessa constatação da violência intrínseca ao sistema penal, assegura-se que, no Estado democrático de direito, o processo e o direito penal devem ser compreendidos como instrumentos voltados não apenas à persecução criminal, como também à concretização do projeto constitucional.²³ Diante disso, não se pode olvidar que o processo penal pode servir tanto como instrumento de repressão quanto de garantia dos direitos fundamentais.

Uma teoria do processo penal que se pretenda democrática (pode-se falar também garantista) deve apresentar-se de maneira crítica, isto é, reconhecer a violência e a seletividade inerentes ao sistema penal e a partir disso buscar formas de ampliação do conhecimento obtido de forma segura no processo (com respeito às garantias fundamentais) em detrimento da propensão ao uso da força, característica marcante dos sistemas inquisitoriais.

Nesses termos, Rubens Casara esclarece:

*“Isso porque uma ciência penal que não se desenvolve, não enfrenta todos os seus problemas a partir da seletividade e do autoritarismo presentes no sistema penal é, do ponto de vista da democratização do sistema penal e da própria sociedade, inútil. Nas palavras de Binder: ou é uma ciência superficial – em definitivo, uma ciência ruim – ou é cúmplice dessa mesma ordem (injusta), que reveste com trajes científicos.”*²⁴

23CASARA, Rubens R.R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais*. Vol. I. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris. 2013, Introdução, p. 01 – 07.

24BINDER, Alberto *apud* CASARA, Rubens R.R. *Processo Penal do Espetáculo...*, op. cit., p. 128 – 129.

Nesse quadro, pode-se dizer que a epistemologia crítica, marcada pela estipulação de limites ao arbítrio punitivo, estabelece um contraponto no que se refere às concepções inquisitivas do processo penal. Estas últimas, por sua vez, são caracterizadas tanto pela ampliação da força em detrimento do saber/conhecimento quanto pela restrição das liberdades humanas.

A dogmática tradicional do processo penal, fundada com base no positivismo, encontra-se despida de um aprofundamento histórico-social. No plano jurídico, constata-se o enfraquecimento das garantias processuais e o correlato desaparecimento da figura do juiz garante (de direitos fundamentais), que abandona a sua inércia para atuar como agente de segurança pública. Como consequência, temos a ruptura do sistema de vínculos impostos ao poder penal que funda o garantismo.

Nos sistemas penais modernos, constata-se que os limites ao exercício do poder punitivo estão simplesmente desaparecendo, o que nos remete a uma perspectiva inquisitiva do processo penal. O magistrado, ao romper com a inércia característica da atividade jurisdicional e exercer gestão sobre as provas, adere a uma das hipóteses parciais previamente estipuladas -Franco Cordero chamou de o *primado da hipótese sobre os fatos* - e, portanto, desconecta-se da atividade cognitiva que deve ser inerente ao processo democrático.²⁵ Assim, a decisão passa a ser respeitada pelo seu fundamento com base apenas na autoridade – mais correto seria falar em autoritarismo? – deixando de lado o conhecimento produzido dialeticamente no processo. Dá-se preferência ao decisionismo em relação ao cognitivismo.

A perspectiva crítica produz, de outra sorte, uma maximização do conhecimento produzido no processo, estabelecendo um mecanismo de controle das respostas violentas do Estado aos desvios criminalizados e às pessoas criminalizadas durante a marcha processual. Sendo assim, tal perspectiva se projeta como ferramenta jurídica de afirmação das garantias fundamentais em face do poder estatal. Observa-se que as decisões fundadas na teoria crítica

²⁵*Ibid.* p. 139 - 142.

do processo penal são mais seguras e igualitárias, produzindo uma solução mais justa e legítima ao caso penal.²⁶

A crítica apresenta-se, pois, como uma ferramenta disponível aos juristas para que reflitam a respeito dos pressupostos e das formulações da dogmática tradicional, permitindo uma aproximação desta com os preceitos constitucionais. Nas palavras de Geraldo Prado “[...] *sem os instrumentos da crítica a iniciação ao processo penal levaria o estudioso a ficar perdido em um mundo de teorias desconstruídas da prática.*”²⁷

Em resumo, uma avaliação da estrutura das democracias contemporâneas faz necessário reconhecer um caráter crítico e normativo, além de meramente explicativo, das disciplinas jurídicas. Impõe-se, por conseguinte, reconhecer a presença de antinomias e lacunas encontradas dentro do ordenamento jurídico, gerados pela complexidade e pela seletividade, inseparáveis do sistema de justiça criminal, como forma de criticar o direito vigente, promovendo sua correção. Como distintamente assevera Ferrajoli, é por meio da discussão e da análise crítica, bem mais do que de uma suposta descrição do direito que depende o desenvolvimento do conhecimento jurídico, isto é, sua capacidade para solucionar problemas.²⁸

2.5....As matrizes autoritárias e os obstáculos para a consolidação do sistema acusatório no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 representou uma abertura democrática em matéria processual penal, ao consagrar o sistema acusatório. Muito embora a nossa *Lei maior* não

26MELCHIOR, Antonio Pedro. *A teoria crítica do processo penal*. Disponível em: <http://www.antoniopedromelchior.adv.br/wp-content/uploads/2015/05/a-teoria-critica-do-processo-penal.pdf>. Consultado em 18 de outubro de 2017.

27PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade das Leis Processuais Penais*. 4ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2006, p.3.

28FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2012, p.51.

preveja expressamente a garantia do processo orientado por tal sistema, sua consagração é evidente em diversos artigos ²⁹ e decorre de uma interpretação principiológica da Constituição. Em termos práticos, contudo, constata – se que a promessa acusatória ainda permanece irrealizada.

Embora a Constituição deva estabelecer um referencial hermenêutico para todo o ordenamento jurídico, há um manifesto hiato entre aquilo que se pode chamar de processo penal constitucional e a realidade experimentada nos foros criminais Brasil afora. A tradição autoritária, determinante na atuação dos agentes jurídicos envolvidos no sistema de justiça criminal, explica o fetiche pela legislação infraconstitucional, seduzindo a imaginação persecutória de muitos magistrados. ³⁰ Nessa perspectiva, ocorre uma supervalorização dos dispositivos trazidos no Código de Processo Penal em detrimento do que está previsto no projeto democratizante constitucional.

É imperioso destacar que o Código de Processo Penal brasileiro emergiu no ano de 1941, como produto legislativo do “Estado Novo” idealizado pelo governo de Getúlio Vargas, mantendo claras inspirações no chamado Código Rocco (1930), elaborado na Itália fascista por Alfredo Rocco, Ministro da Justiça de Benito Mussolini, inspirado nas ideias do processualista também italiano Vincenzo Manzini. Como exemplo dos valores defendidos por Manzini, podemos citar que o Código Rocco não consagrou o princípio da presunção de inocência, pois considerava este um excesso de individualismo e de garantismo. Nesse sentido, resta inequívoca a orientação político-ideológica fascista que assentava a prevalência do interesse público, em detrimento das garantias individuais. ³¹

29Como exemplos da opção política pela adoção do sistema acusatório no Brasil por parte do legislador constituinte, podemos citar: a) a titularidade exclusiva da ação penal pública na figura do Ministério Público – artigo 129, I; b) o direito ao contraditório e ampla defesa – artigo 5º, LIV; c) o direito ao devido processo legal – artigo 5º, LIV; d) o princípio da presunção de inocência como valor reitor do processo penal – artigo 5º, LVII e e) a exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais – artigo 93, IX.

30KHALED JR, Salah H. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. Revista EMERJ 67. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5192/A%20ambi%C3%A7%C3%A3o%20de%20verdade%20e%20a%20perman%C3%Aancia%20do%20autoritarismo%20processual%20penal.pdf?sequence=1>. Consultado em 23 de outubro de 2017.

31CASARA, Rubens, R.R. *Mitologia Processual Penal*. Rio de Janeiro. Editora: Saraiva (100 anos). 2015, p. 239.

A permanência do Código de Processo Penal confirma a natureza autoritária da sociedade brasileira e a existência de uma cultura inquisitorial que enxerga a presença dos direitos e garantias fundamentais como entraves à eficiência repressiva do Estado.³² A tradição autoritária encontra na legislação processual penal instrumentos para exteriorizar sua natureza antidemocrática, mesmo diante de um ambiente formalmente democrático. Não obstante estar positivado na Carta Magna, o ideal de sistema acusatório encontra-se muito distante.

É notório que sob a ótica dos sistemas processuais modernos, não se pode falar em sistemas puros, isto é, na exata maneira como foram estruturados. Isso porque atualmente os sistemas sempre consagram características de ambos os modelos, preservando, contudo, o âmago de algum sistema específico. Sendo assim, ou ele é essencialmente inquisitório, como é o caso do nosso, tendo em vista que mantém a gestão da prova nas mãos do juiz; ou é essencialmente acusatório, tendo características secundárias provenientes do sistema inquisitório.

No que se refere ao sistema brasileiro, cabe ressaltar que a separação inicial das funções de acusar e julgar não constitui o núcleo fundador do sistema acusatório, mesmo que essa seja uma característica indispensável ao referido sistema. Advoga-se que tal separação não pode ser meramente inicial, permitindo uma posição ativa do magistrado na persecução penal – ato típico da parte acusadora.

A propósito, assevera Salah H. Khaled Jr., “*a concessão de poderes para que o juiz produza provas representa uma porta aberta para o decisionismo e para a reprodução da patologia inquisitória.*”³³ Abre-se margem para que o juiz decida e depois saia em busca do material probatório que irá confirmar sua hipótese previamente formulada, o que acaba por afastá-lo da desejável posição de distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos.

³²*Ibid.* p. 240 – 243.

³³KHALED JR. Salah H. *A ambição da verdade...*op.cit. p. 343.

Não restam dúvidas que, a partir desse posicionamento ativo do magistrado, são violadas diversas garantias fundamentais (como, por óbvio, a imparcialidade do órgão julgador) que fundam o ideal de um sistema acusatório.

Imparcialidade, como se sabe, é sinônimo de alheamento, isto é, o julgador deve se colocar em uma posição equidistante dos interesses de ambas as partes, não podendo retirar nenhum tipo de proveito do processo. A garantia de acesso à justiça apenas se concretiza se o cidadão pode veicular sua demanda perante um juiz independente³⁴ – não detém nenhum tipo de interesse pessoal ou de terceiros na causa em questão. No momento em que o julgador se coloca como um sujeito ativo dentro do processo, ele perde sua imparcialidade, deixando de atuar somente com base nas provas legitimamente trazidas pelas partes.

2.6...O Direito penal mínimo e o direito penal máximo

Identificam-se essencialmente dois modelos opostos de direito penal e de política criminal que decorrem da maior ou menor correspondência com os pressupostos fundantes do modelo garantista. Tais extremos são classificados como modelos de direito penal mínimo e de direito penal máximo. Cabe ressaltar que, sob a ótica das atuais democracias, ambos os paradigmas coexistem dentro dos ordenamentos jurídicos.

O projeto teórico minimalista consubstancia-se com o desígnio garantista de limitação do poder punitivo. Tal projeto se caracteriza por estipular rígidas restrições ao arbítrio legislativo e também ao erro judicial. Nessa perspectiva, não se admite nenhuma forma de atribuição de responsabilidade criminal sem que tenha ocorrido um fato previsto legalmente e anteriormente como crime, caracterizado pela imputabilidade e pela culpabilidade do agente. Além disso, para que seja aferida tal responsabilidade, necessita-se também da comprovação empírica do fato etiquetado como criminoso por parte da acusação – possui a carga probatória em suas mãos - diante de um juiz imparcial, em um processo público, realizado mediante a observância da garantia do contraditório e da ampla defesa e em conformidade com os procedimentos pré-estabelecidos em lei.³⁵

34CASARA, Rubens R.R. *Mitologia Processual Penal...*op.cit. p.144 – 146.

Dentro desse contexto e levando em consideração diversas categorias e princípios que devem reger a atividade criminal, Ferrajoli cria o sistema garanista a partir de dez axiomas que permitem a constatação e a punição do fato criminoso, minimizando a violência inerente às agências punitivas. Esses dez axiomas são: *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime); *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei); *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade); *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa); *nulla injuria sine acione* (não há ofensa sem ação); *nulla actiosine culpa* (não há ação sem culpa); *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo); *nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação); *nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas); *nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa).³⁶

Tal cadeia estipulada pelo jurista italiano funciona como parâmetro avaliativo de toda a estrutura penal – da elaboração da norma pelo poder legislativo até a aplicação e a execução da pena -, pois permite que o intérprete faça uma avaliação adequada de toda a atuação do sistema de justiça criminal. Os axiomas elencados representam princípios indispensáveis à limitação da violência estatal por intermédio do processo penal de matriz garantista. Entre esses princípios podemos citar: o princípio da legalidade, da necessidade, da culpabilidade, da jurisdicionalidade, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa (entre outros). Importa lembrar que toda a base principiológica apresentada se encontra amplamente assegurada pela Constituição Federal de 1988 e pelos Tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. Essa incorporação estabelece um rigoroso sistema de vínculos formais e materiais que compõe os Estados democráticos de direito.

Resta evidente, portanto, que o projeto minimalista se refere não apenas ao exercício condicionado e limitado do poder, o que se traduz no máximo grau de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio estatal, mas também à vinculação ao ideal de certeza e de racionalidade. O paradigma garantista, como se sabe, encontra-se profundamente conectado

35CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris, 2008, p. 82 – 83.

36 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Introdução. 3ª edição. Editora: Revista dos Tribunais. 2010, p. 91.

ao racionalismo. O direito penal apenas se mostra racional e correto a partir do momento em que suas intervenções são previsíveis.³⁷ Ademais, reduz-se o âmbito da intervenção penal, sendo ela descartada quando não motivada por argumentos cognitivos seguros.

A pena deve ser utilizada sempre como *ultima ratio*. No contexto brasileiro, há que se falar do evidente inchaço legislativo, que não observa o princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Conforme leciona Ana Claudia de Pinho:

*“o movimento Law and Order, emprestado do modelo anglo-saxão, ganhou espaço, notadamente na lei dos crimes Hediondos 8072/90, em que importantes garantias processuais foram inconstitucionalmente amputadas e penas foram levadas ao extremo, sob o argumento da chamada luta contra o crime.”*³⁸

É necessário lembrar que entre os dois extremos elencados existem inúmeros sistemas intermediários, sendo mais correto discorrer a respeito de uma tendência ao direito penal mínimo ou ao direito penal máximo. Nos modernos ordenamentos jurídicos, é certo que esses dois modelos, embora opostos, convivem entre si.

No tocante ao modelo de direito penal máximo, estes são próprios de Estados absolutos ou totalitários. Por tais expressões considera-se qualquer forma de ordenamento jurídico em que os poderes públicos não são disciplinados por leis, isto é, carentes de limitações. Tais sistemas se caracterizam pela incerteza e pela imprevisibilidade das condenações e das penas. Configura-se um sistema de poder que não é controlado racionalmente em razão da ausência de parâmetros rígidos e racionais para a atribuição da responsabilidade criminal.

³⁷*Ibid.*, p. 102.

³⁸ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Em busca de um direito penal mínimo e de uma redefinição de papel para o Ministério Público*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 8, n. 95, p. 13-14., out. 2000. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=29003>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Dentro desse contexto, a concepção maximalista leva a uma investigação de cunho inquisitivo, desrespeitando direitos e garantias fundamentais, e a um processo penal no qual a condenação e a absolvição do acusado deixam de constituir valores detentores de uma equivalência axiomática. Como consequência, ocorre o predomínio das opiniões subjetivas e até mesmo dos preconceitos irracionais e incontroláveis dos julgadores em detrimento da valorização do conhecimento obtido de forma segura no processo.³⁹

Os dois extremos trazidos, por fim, podem ser caracterizados pela presença ou ausência de elementos de controle do poder estatal, representando uma opção política pela contenção ou pela ampliação do arbítrio punitivo.

Na lição de Luigi Ferrajoli:

*“A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.”*⁴⁰

³⁹*Ibid.* p. 103.

⁴⁰*Ibid.* p. 103.

3. CAPÍTULO II - O AUTORITARISMO E A OPOSIÇÃO AO MODELO GARANTISTA

3.1....O modelo inquisitorial na modernidade – o Estado de Exceção.

Na contemporaneidade, o modelo inquisitorial de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais se dá por intermédio do chamado estado de exceção. A partir desse paradigma, uma enorme parcela de cidadãos, que não consegue ser inserida dentro da sociedade de cunho consumista, acaba sendo marginalizada e tendo seus direitos severamente violados.

Nesse mesmo contexto, a autoridade das decisões penais passa a ser fundamentada única e exclusivamente na força do Estado e não mais no conhecimento obtido dialeticamente por meio do processo. A jurisdição deixa de ser encarada como um saber, passando a se tornar mero exercício arbitrário de poder.

Com base nas formulações de Carl Schmitt, o estado de exceção tornou-se a confirmação do poder pelos soberanos – quem detém o poder econômico e conseqüentemente o poder político -, despontando como uma teoria constitucional decisionista.⁴¹ Importa salientar que, de início, o estado de exceção, na visão do teórico do nazismo alemão, surgia como mecanismo de enfrentamento de crises e emergências, buscando uma estabilização forçada da nação.

No âmbito dos atuais sistemas penais, entretanto, a exceção tornou-se regra e o autoritarismo vem aniquilando a democracia substancial. O processo penal (previsto no projeto constitucional) estabelece uma relação de absoluta incompatibilidade com o modelo de exceção ilustrado, tendo em vista que a liberdade e a legalidade tuteladas pelo primeiro são absolutamente desprezadas pelo segundo.

Conforme demonstra o pensamento de Giorgio Agamben, os totalitarismos do século XX implantaram por meio do estado de exceção uma guerra civil legal que permite a

41GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Processo penal, estado de exceção e o Volksgerichtshof: o Tribunal do Povo na Alemanha nazista. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 201 - 202., jan. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133030>. Acesso em: 9 nov. 2017.

eliminação de adversários políticos e de grupos selecionados como inimigos.⁴² Essas experiências proporcionaram a instauração de estados de emergência permanentes. A partir dessa visão, as agências que integram o sistema de justiça criminal deixam de ser vistas como esferas de concretização de direitos fundamentais para se tornarem instrumentos de segurança pública. Mesmo em ambientes formalmente democráticos, estabelece-se uma noção de que as garantias fundamentais apenas devem ser respeitadas enquanto não representam obstáculos à eficiência repressiva.

A disposição institucional trazida pelo estado de exceção reveste-se de uma formulação instrumental e de uma aparência constitucional, o que permite a falsa percepção de um paradigma em relação à realidade normativa efetivamente aceita pelos ordenamentos jurídicos modernos. É dessa forma que podemos compreender sua vocação para descumprir o Direito, sob o argumento de sua defesa e de sua manutenção.⁴³ Articula-se, com isso, uma construção de pretensa legalidade, ao mesmo tempo em que se estabelece uma ordem que legitima a violação de direitos e garantias fundamentais. O estado de exceção se edifica, portanto, a partir de uma visível contrariedade. Em outros termos, tal modelo consiste na formulação jurídica de algo que não poderia adquirir uma roupagem jurídica. Nas palavras de Agamben: “[...] o estado de exceção apresenta-se como forma legal daquilo que não pode ter forma legal.”⁴⁴

A repressão penal através da construção de uma guerra civil legítima constitui, portanto, o instrumento jurídico condutor do estado de exceção. A partir de uma demonização do inimigo, naturaliza-se o uso da violência. Nessa perspectiva, o inquisitorialismo contemporâneo pode ser classificado dessa forma: a instauração do modelo de exceção que

42LYRA, José Francisco Dias da Costa. A criminalização dos imigrantes irregulares e a edificação do subsistema penal de exceção (ou do inimigo): o triste exemplo da legislação italiana e espanhola. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 116, p. 308 - 309, set./out. 2015. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=126475>. Acesso em: 10 nov. 2017.

43Ibid. p. 203 – 204.

44 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo. Editora: Boitempo. 2003, p.12.

permite a formação de uma guerra civil legalizada, responsável pela eliminação e pela perseguição dos grupos marginalizados.

Cabe ressaltar que a construção do referido paradigma não se dá exclusivamente perante o poder judiciário, mas também em relação aos outros poderes. No que se refere ao poder legislativo, por exemplo, a construção de conceitos vagos e indeterminados⁴⁵ também obedece a essa mesma lógica antidemocrática e irracional que permite e justifica a exclusão do oponente classificado como inimigo.⁴⁶

A propósito, Nilo Batista esclarece:

“Formular tipos penais genéricos ou vazios, valendo-se de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados ou ambíguos equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais voltadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolheram precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo.”⁴⁷

Esses significantes trazem conceitos abertos, em manifesta violação ao princípio da legalidade estrita, que permitem subjetivismos e perversões por parte dos atores jurídicos.⁴⁸

45No tocante a esses conceitos vagos, o Código de Processo Penal de 1941 detém diversas conceituações que exprimem a natureza autoritária de tal discurso. Como exemplos, podemos citar: o conceito de *ordem pública* amplamente utilizado para fundamentar a decretação de prisões preventivas despidas de um caráter cautelar – artigo 312 do CPP e a noção de *fundada suspeita*, empregada para autorizar a busca pessoal independente de mandado judicial – artigo 244 do CPP.

46LYRA, José Francisco Dias da Costa. *A criminalização dos imigrantes irregulares...*, op.cit. p. 220.

47BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12ª Edição, revista e atualizada. Editora: Revan. Rio de Janeiro. 2011, p. 75 – 76.

48LEITÃO, João Pedro Drummond Marques. *Análise crítica sobre a prisão preventiva no Direito Brasileiro*. 2016, p. 20 – 21. Disponível em: <http://www.repositorio.uff.br/jspui/bitstream/1/3187/1/TCC.pdf>. Consultado em: 10 de novembro de 2017.

Estes vão buscar da maneira que desejam – condicionados por uma tradição e uma cultura autoritária que perpassa todo o processo penal brasileiro – os significados para tais conceitos. A partir desse raciocínio, Alexandre Morais da Rosa aduz que esses conceitos vagos e indeterminados gozam de verdadeira *anemia semântica*.⁴⁹ Termos indeterminados geram espaços de insegurança dentro do ordenamento jurídico em razão de sua amplitude de significados. Desconsideram-se, com isso, dados objetivos acerca do fato penalmente relevante, o que abre portas para decisionismos e arbitrariedades no exercício do poder.

3.2....O paradigma etiológico e o defensivismo.

Paralelo à maximização do direito penal e à consolidação das doutrinas de exceção nos ordenamentos modernos, ocorre a construção teórica de modelos autoritários de intervenção penal. Nesse quadro, estabelece-se o paradigma etiológico que se caracteriza por um discurso tendente a diferenciar os criminosos dos indivíduos normais. Por meio de um método causal-explicativo, pretende-se determinar as razões do comportamento delituoso a partir de perfis individuais dos sujeitos. A criminalidade deveria, por isso, ser combatida a partir de ferramentas modificativas do próprio delincente.

Nesse mesmo contexto, está inserida a criminologia positivista como proposta que busca explicar os delitos por meio de características biológicas e psicológicas dos indivíduos. O objeto a ser estudado deixa de ser o delito e suas razões, mas sim o próprio indivíduo delincente, considerado diferente a partir de fatores clinicamente observáveis.

Em contraposição à escola clássica (que tem Francesco Carrara como seu principal representante), exsurge a escola positiva. Procura-se, dessa forma, explicar o delito de uma nova maneira. Com as obras de Lombroso, Ferri e Garófalo, assegura-se que o crime não poderia ser entendido a partir de um simples ato de livre vontade do autor, sendo necessário buscar na totalidade biológica e psicológica do indivíduo as causas que o levaram ao atuar criminoso.

49 MORAIS, da Rosa Alexandre. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Curitiba. 2004, p. 149. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0%20-%202004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Consultado em: 12 de novembro de 2017.

A obra “*O homem delinquente*” (1876) de Cesare Lombroso exerceu grande influência no surgimento da referida escola positiva. Para esse autor, o delito era concebido com um ente natural, determinado por causas de caráter biológico e, sobretudo, hereditário. Nesse sentido, funda-se um pensamento que explicava a criminalidade por meio de um rígido determinismo biológico. Importante ressaltar também que a obra de Lombroso é ampliada por Garófalo, no que se refere aos fatores psicológicos e, após isso, por Ferri com a acentuação dos fatores sociológicos.⁵⁰

Embora carente de um rigor epistemológico, a matriz positivista continua fundamental para se compreender o sistema criminal nos dias atuais.

Nesse ponto, Alessandro Baratta elucida:

“[...] o modelo positivista da criminologia como estudo das causas ou dos fatores da criminalidade (paradigma etiológico) para individualizar as medidas adequadas para removê-los, intervindo sobretudo no sujeito criminoso (correcionalismo), permanece dominante dentro da sociologia contemporânea.”⁵¹

Ainda com relação a esse aspecto, o autor complementa:

“O sistema penal se fundamenta, pois, na concepção da Escola positiva, não tanto sobre o delito e sobre a classificação das ações delituosas, consideradas abstratamente independentes da personalidade do delinquente, quanto sobre o autor do delito, e sobre a classificação tipológica dos autores.”⁵²

50 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. 6ª Edição. Juarez Cirino dos Santos. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro. 2011, p. 38 - 39.

51 *Ibid.*, p. 30.

52 *Ibid.*, p. 39.

Nessa ordem de ideias, correto afirmar que os modelos defensivistas modernos têm suas raízes no paradigma etiológico explanado, sobretudo no que diz respeito à consolidação da análise da periculosidade do indivíduo como critério para a incidência do aparato de repressão penal. No âmbito brasileiro, afere-se que desde o genocídio inicial, presente na colonização das Américas, passando pela escravidão e pelos diversos regimes políticos autoritários da nossa República, até os dias de hoje, marcados pela intolerância contra o criminoso, o Estado opta pela difusão de emergências vinculadas ao medo e ao caos.⁵³

Tais modelos de resposta criminal estabelecem um contraponto com relação ao paradigma garantista de contenção da violência punitiva. A um direito penal do fato-crime (consagrado pelo garantismo), sobrepõe-se um direito penal do autor, fundado na ideia de periculosidade agente. Do ponto de vista processual, substitui-se um sistema processual acusatório, amparado na presunção de inocência e no respeito ao devido processo legal, por um sistema inquisitorial de julgamento da personalidade do réu e de suas inclinações criminosas.

3.3 ...A construção política do inimigo e o etiquetamento social.

O precursor da doutrina chamada de direito penal do inimigo foi o pensador alemão Günther Jakobs. Segundo esse autor, deveria haver uma aplicação diferenciada no âmbito do direito penal e processual penal, a depender da natureza do indivíduo que pratica a conduta criminosa.⁵⁴ Se o agente é considerado cidadão, deveria ser alvo de uma resposta penal diferenciada em comparação ao indivíduo etiquetado como inimigo.

De acordo com tal teoria, é possível aferir duas categorias de aplicação do direito penal. Para os cidadãos, vigorariam os princípios democráticos que regem o direito penal do

53 D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. 1ª edição. Editora: Revan. Rio de Janeiro. 2015, p. 31.

54 CAZON, Ana Paula Finger. *Direito Penal do Inimigo*. Raízes Jurídicas, Curitiba, vol. 8, n. 1, jan/jun. 2016, p. 335. Disponível em: http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/viewFile/17/pdf_13. Consultado em: 13 de novembro de 2017.

fato e da culpabilidade dos agentes criminosos; em contrapartida, para os considerados inimigos, prevaleceria um direito penal do autor em que vigora o exame da periculosidade.

Nessa mesma linha de raciocínio, de acordo com o professor Juarez Cirino dos Santos, diferem os dois grupos também no que se refere aos objetivos e às razões da aplicação da pena:

- a) Para o cidadão, a pena seria uma reação contra-fática, dotada de um significado simbólico de *afirmação da validade da norma*. Constituiria, por isso, uma resposta ao fato passado, cuja natureza de *negação da validade da norma*, busca-se reprimir;
- b) Para o inimigo, por sua vez, a pena incide como uma *medida de força*, dotada de um efeito físico de *custódia de segurança*, representando, com isso, um obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cujo caráter advém da necessidade de prevenção da sociedade contra futuras condutas delitivas.⁵⁵

Percebe-se uma grande diferença nas visões da pena como oposição aos fatos passados (cidadãos) e na pena como medida de segurança contra fatos futuros (inimigos). Para esses inimigos, a resposta criminal se justificaria como uma medida de prevenção contra acontecimentos futuros, e não apenas como uma resposta à conduta passada.

No Brasil, pode-se afirmar que o positivismo criminológico atuou com força, primeiramente, no que diz respeito à questão racial. O pensamento de Nina Rodrigues, no livro *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil* (de 1894), sustentava a existência de uma criminalidade étnica, reduzindo o crime a um fato natural, incorrigível e inevitável.⁵⁶ Resgata-se, assim, a teoria do criminoso nato, suportada por Lombroso anos antes. Importa lembrar também que Tobias Barreto foi responsável por tecer fortes críticas a

⁵⁵DOS SANTOS, Juarez Cirino. *O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual*. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

⁵⁶CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias...*, op.cit. p. 64 - 66.

esse modelo teórico, exercendo um papel de resistência à invasão da escola positivista e, por intermédio dela, da ideologia racista e reacionária disfarçada de ciência biológica.⁵⁷

Com relação ao discurso da criminologia positivista e à consequente lógica de combate ao inimigo interno (criminoso), é preciso recordar que essa estrutura de repressão já adotou diversas formas nos diferentes governos da América Latina, sempre conservando o caráter de controle seletivo e de admissão dos princípios de guerra dentro do funcionamento do sistema de justiça criminal.⁵⁸ No modelo bélico, consagrado após o golpe civil-militar de 1964, a adoção da chamada doutrina da segurança nacional permitiu a violenta perseguição política dos opositores do regime (comunistas), o que garantiu uma intensa repressão penal, funcional na ordem geopolítica da guerra fria.

A contenção social por meio da violência estatal constitui estratégia antiga, instrumentalizada por governos autoritários, para manutenção de altos índices de repressão e de controle seletivo dos grupos indesejados. Trata-se, para esses grupos considerados indesejados, de impor medidas de segurança que não se amparam em uma ação determinada, mas no estado da pessoa.⁵⁹ Não se almeja impor uma punição por uma conduta culpável, e sim de tratar o apenado de acordo com seu status enquanto pessoa.

Na atual democracia brasileira, o discurso da guerra às drogas segue a mesma linha de pensamento, constituindo uma política marcada pelo *derramamento de sangue*⁶⁰ no trato do poder penal. Parece bastante claro que a vagueza conceitual dos tipos penais da Lei

⁵⁷*Ibid.*, p. 67.

⁵⁸BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 90 - 92 out./dez. 1997. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18351>. Acesso em: 14 nov. 2017.

⁵⁹ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2007, p. 96.

⁶⁰BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue...*, op. cit. p. 77.

11.343/2006 (lei de drogas) ⁶¹ e as penas detentivas desproporcionais trazidas por esse dispositivo legal evidenciam que se trata de projeto destinado à eliminação de inimigos. Acrescenta-se a isso, a imensa expansão do controle repressivo por meio do recurso às chamadas prisões provisórias. Despidas de um caráter cautelar (assegurar o regular andamento da marcha processual), essas prisões despontam como medidas que antecipam o castigo penal, ferindo de morte o princípio da presunção de inocência – valor estruturante do Estado democrático de direito.

Nesse contexto, recorre-se ao referencial teórico do labelling approach - teoria do etiquetamento/rotulacionismo - que permite aferir a real funcionalidade da legislação de drogas ilícitas no Brasil. De acordo com essa formulação, a incidência do sistema criminal se encontra diretamente ligada ao universo social em que está inserido o autor do crime. Esse novo paradigma criminológico analisa as situações em que o agente pode ser considerado desviante. Nesse sentido, a carga estigmatizante produzida pelo contato do indivíduo com o sistema criminal o contamina, o que se mantém mesmo após o cárcere. O desvio e a criminalidade tornam-se uma etiqueta, um rótulo, atribuído a certos indivíduos por meio de complexos processos de interação social - que envolvem também os aparelhos de comunicação social -, e não mais uma característica particular inerente a certos grupos sociais.⁶² Logo, o crime não é definido pelo agente causador, mas sim pelas instâncias de controle que o definem. Tais instâncias definem o que e quem será punido, dando ensejo a uma enorme seletividade penal.

Recorre-se, nesse ponto, às lições de Eugenio Raul Zaffaroni:

“Outra função importante em nível nacional, embora com certa cooperação transnacional, é a fabricação dos estereótipos do

61Como exemplo dessa vagueza conceitual comentada, podemos citar o artigo 35 da Lei 11.343/2006, *in verbis*: “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 3(três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa. [...]”

62SILVA, RaissaZago Leite da. *Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização*. Revista Liberdades, São Paulo, n. 18, p. 102., jan./abr. 2015. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129061>. Acesso em: 14 nov. 2017.

criminoso. *O sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com os estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa. Estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.).*

Nas prisões encontramos os estereotipados. Na prática, é pela observação das características comuns à população prisional que descrevemos os estereótipos a serem selecionados pelo sistema penal, que sai então a procurá-los. E, como cada estereótipo deve corresponder a um papel, as pessoas assim selecionadas terminam correspondendo e assumindo os papéis que lhes são propostos.”⁶³

A seletividade punitiva e o próprio etiquetamento se iniciam com o legislador (criminalização primária) e são perpetuados por todo o processo criminal e mesmo após o cumprimento da pena. No que se refere às drogas ilícitas, ocorre um movimento de velamento da facticidade e das circunstâncias concretas relacionadas ao tema, o que influi na produção legislativa, bem como no julgamento do caso.⁶⁴ O indivíduo, submetido ao sistema penal, insere-se em uma posição de vulnerabilidade que se perpetua, proporcionando a persistência da pena muito além da privação da liberdade.⁶⁵

3.3....O neopunitivismo.

63ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Editora: Revan. 5ª edição, janeiro de 2001. Rio de Janeiro, p. 130.

64CASARA, Rubens R.R. *Processo penal do espetáculo. Ensaios sobre a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira...* op.cit. p. 37 – 39.

65 BEZERRA, Edson Alves; HAAS, Rosangela Londero; LEITE, Caio Fernando Gianini. *Labelling approach ou teoria do etiquetamento*. Disponível em: <http://site.ajes.edu.br/encontro/arquivos/20160821080928.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2017.

O que se observa, nos dias atuais, como já evidenciado anteriormente, é o total relaxamento dos limites e dos controles legais em virtude da perseguição e da punição dos crimes considerados graves. Nessa perspectiva, a estrutura do direito penal mínimo, de matriz garantista, vem sendo desrespeitada, o que proporciona uma euforia punitivista. Essa euforia nos remete a sistemas processuais inquisitórios que menosprezam a principiologia democrática e desrespeitam os direitos fundamentais.

A partir desse enfoque, podemos classificar a situação atual do sistema punitivo sob a noção do neopunitivismo.⁶⁶ Essa corrente político-criminal pode ser entendida como uma crença messiânica de que o poder penal deve atingir todas as esferas da vida social, até o momento de confundir a proteção civil e o amparo constitucional com o próprio direito penal. Nesse sentido, aduz-se que o neopunitivismo se manifesta na expansão criminal, marcada pela desumanização e pelo recrudescimento de práticas antidemocráticas.

Esse movimento se caracteriza por constituir um direito penal livre dos limites e dos controles, estruturantes da teoria garantista. O combate ao crime se transforma em um combate contra o mal, e a opinião pública passa a ser vista como fundamento para a adoção de políticas criminais, violando o caráter contra-majoritário do Direito e da constituição.

Importante ressaltar que a opinião pública se encontra vinculada ao que é exposto pelos meios de comunicação de massa. O aparato de comunicação social – no Brasil, sujeito a um rigoroso oligopólio das grandes empresas - é indispensável para o exercício do poder penal, pois são criadores de uma ilusão no que se refere ao sistema penal. Essa ilusão está relacionada com a glorificação da violência e da repressão que cria, no imaginário popular, a crença do processo penal como espaço de luta do bem contra o mal. Essa propaganda proporciona o desprezo pela vida humana, pela dignidade das pessoas e pelas garantias individuais que reforçam o controle social verticalizado-militarizado de toda a sociedade.⁶⁷

66 PASTOR, Daniel R. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, p. 02 – 04. <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2017.

67 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca da penas perdidas...*, op. cit. p. 128 – 129.

Dentro desse contexto, os juízes criminais deixam de ser funcionários imparciais da justiça para se transformarem em representantes dos desejos incontrolados das vítimas e de toda a sociedade. Em diversos casos, opta-se por sacrificar direitos fundamentais para dar uma satisfação melhor à sede de vingança dos cidadãos.

Em apertada síntese, o neopunitivismo se estabelece por intermédio de uma visão desumana do direito penal, de acordo com a qual todos os casos devem ser esclarecidos e os culpados devem ser sempre condenados.⁶⁸ Isso contradiz a ideia central de uma cultura penal democrática, segundo a qual, por razões axiológicas, a não punibilidade de um culpado é sempre preferível em comparação à punição de um indivíduo inocente. Ademais, a lógica em comento traz por si só uma ingenuidade marcante, tendo em vista que não é possível, pela própria natureza humana, um sistema perfeito, insuscetível de erro, em que todos os crimes são investigados e seus responsáveis condenados.

Nesse aspecto, faz-se preciso recorrer à lição de Daniel R. Pastor:

*“Visto el asunto com un mínimo rigor, las teorías y las decisiones que han pretendido reconocer una obligación constitucional o fundamental de punir son completamente extrañas al principio del Estado constitucional de derecho y se inscriben, sin lugar a dudas, em el amplio abismo del pensamiento neopunitivista, especialmente las sostenidas desde los organismos de control de la vigencia de los derechos fundamentales, porque de ese modo, desatendiendo su función misma de freno al poder penal estatal, se han convertido, al calor del más entusiasta activismo, em los impulsores más calificados del uso indiscriminado y sin limites del poder punitivo.”*⁶⁹

Dentro desse contexto, uma conclusão aflitiva parece incontestável: o direito penal material, fundado a partir da noção neopunitivista explicitada, em razão de sua configuração, não encontra respaldo nos princípios liberais do direito processual penal garantista. Sendo

68 PASTOR, Daniel. R.; GUZMÁN, Nicolás. *Neopunitivismo y Neoinquisición. Um análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*. Buenos Aires, noviembre de 2008, p. 205.

69 PASTOR, Daniel R. *La deriva neopunitivista...*, op. cit. 07.

assim, tais princípios devem ser funcionalmente pervertidos, sob o argumento de buscar uma maior eficácia (a qualquer custo?) na persecução criminal.⁷⁰ A partir desse fenômeno, torna-se notável a demanda permanente por mais leis criminais e mais condenações, sob a convicção de que dessa forma é possível reduzir a criminalidade.

Resta evidente que essa concepção viola preceitos constitucionais e convencionais. O processo penal apenas se justifica como instrumento de contenção da violência punitiva. Conforme explicita Ferrajoli, história das penas é muito mais cruel e infamante para humanidade do que a própria história dos delitos. O delito representa uma violência pontual, impulsiva, e, por vezes, até necessária. Por outro lado, a violência estatal, por meio da pena, é sempre consciente, estrutural, organizada por muitos contra um (apenado).⁷¹ É nessa perspectiva que deve estar inserido o processo penal previsto pelo teórico italiano. O poder carente de limitações leva a arbitrariedades que fragilizam o núcleo democrático da sociedade.

3.4....A sede de vingança e a incompatibilidade com a proteção aos direitos fundamentais.

.....

A intervenção penal (mínima) se justifica como forma de evitar penas arbitrárias ou a vingança privada. Com o intuito de reduzir a violência presente na sociedade, o paradigma garantista busca o impedimento do *exercício das próprias razões*.⁷² Tanto no delito quanto na imputação da pena ocorre um conflito, solucionado com o emprego da força: a força do réu no primeiro caso e a força do ofendido (por intermédio do Estado) no segundo.

O Garantismo empenha-se na tutela de valores essenciais, cuja satisfação deve ocorrer mesmo contra os interesses da maioria. A proteção aos direitos e garantias fundamentais constitui o objetivo que legitima política e juridicamente a atuação do direito penal.

⁷⁰*Ibid.*, p. 215.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão..., op. cit. p. 355.

⁷²*Ibid.*, p. 311.

No que tange ao processo penal, assevera-se que é necessário compreender a função (re)cognitiva deste como condição para fundamentar a decisão adotada. Nesse quadro, o meio de responsabilização das práticas criminosas deve estar estruturado para constituir, conforme leciona Geraldo Prado “[...] terreno jurídico de verificação e refutação das teses antagônicas deduzidas pela acusação e defesa.”⁷³ É nesses termos que o processo adquire um caráter dialético e, assim, garante que as partes possam colaborar de forma igualitária para formação da convicção do julgador. Para assegurar essa estrutura processual delimitada, torna-se imprescindível o apego aos direitos fundamentais como requisito essencial dentro da ótica da persecução criminal.

Os meios de comunicação como instrumentos de informação e reflexão desempenham um importante papel de intermediação entre operadores do Direito Penal e a sociedade. Contudo, observa-se que o esforço da imprensa ultrapassou o objetivo de ser mera influenciadora dos operadores do sistema jurídico penal e passou a realizar uma espécie de julgamento virtual do caso concreto, o que, devido aos seus recursos, resulta numa repercussão que supera a persecução penal.⁷⁴

Há, por parte da população condicionada pela veiculação dos meios de comunicação, sempre a demanda por mais rigor e mais brutalidade no arbitramento do castigo. Contudo, tal lógica manifesta-se em total dissonância com os ideais de proteção do mais frágil dentro do processo criminal. O aparato repressivo é dotado de uma enorme força para fazer valer seu poder de coerção, sendo, portanto, indispensável a proteção do indivíduo como mecanismo de conter o avanço do autoritarismo.

A sede de vingança e o crescimento dos discursos de ódio se consubstanciam na política do encarceramento em massa, impulsionada pela violência marcante nos aparatos midiáticos. O sensacionalismo e as tragédias são rotulados como interesse público e

⁷³ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª edição. Editora: Marcial Pons. São Paulo, p.19.

⁷⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 103 p 411-436 jan./dez/2008,. P. 120.

difundidos exaustivamente por esses meios, desprezando qualquer consideração pela dignidade das pessoas envolvidas.⁷⁵

Com efeito, argumenta-se que não existe, nos ordenamentos jurídicos democráticos, um direito constitucional à pena.⁷⁶ Mesmo a proteção às vítimas estabelecida pelos instrumentos internacionais de direitos humanos não implica necessariamente um castigo penal. A perseguição penal sem o devido respeito aos direitos do imputado inverte a lógica dos direitos humanos, isto é, a de proteção do indivíduo frente ao poder absoluto do Estado.

Nesse âmbito, a lei penal se justifica enquanto *lei do mais fraco*⁷⁷, ou seja, busca-se a tutela dos direitos contra a violência arbitrária do polo mais forte dentro do processo. Cabe aqui destacar que essa função de proteção das garantias fundamentais não provém do consenso da maioria, mas sim dos vínculos impostos pela lei. No que se refere ao processo penal brasileiro, é sempre relevante destacar a condição da Constituição da República e dos Tratados de Direitos Humanos como referencial hermenêutico na análise dos dispositivos infraconstitucionais, especialmente o Código de Processo Penal de natureza comprovadamente fascista.

Conforme citado anteriormente, tal código foi elaborado no contexto ditatorial do Estado Novo, imbuído de princípios declaradamente autoritários, consoantes aos ideais políticos vigentes. A base para a elaboração foi o Código Rocco da Itália Fascista de Mussolini, cujo conteúdo agravava ainda mais a natureza inquisitória dos códigos processuais anteriores, baseados na lógica napoleônica.⁷⁸

75ALMEIDA, Lucas Laire Faria. *Punição, vingança e justiça criminal: uma experiência vitimológica*. Revista *Ultima Ratio*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 92 - 93., 2008. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123967>. Acesso em: 17 nov. 2017.

76PASTOR, Daniel. R.; GUZMÁN, Nicolás. *Neopunitivismo y Neoinquisición...*, op. cit., p. 228.

77FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, op. cit. p. 311 – 312.

78NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan - fev. 2015.

4. CAPÍTULO III - ANÁLISE DE DECISÕES E O MODELO GARANTISTA DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO: ILUSTRAÇÃO DO CONFLITO

4.1....O Habeas Corpus 126.292 e a execução provisória da pena.

4.1.1. Breves considerações a respeito do julgamento.

Em fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, estabeleceu que a execução provisória de acórdão penal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República.

O julgamento do HC 126.292 discutia a legitimidade do ato do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinou o começo da execução da pena. Por 7 votos a 4, mudou-se o posicionamento da Corte para afirmar a possibilidade de execução penal após a decisão condenatória firmada em segunda instância.

No julgamento do HC 84078, em 2009, o Supremo Tribunal Federal já condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressaltava a possibilidade de prisão preventiva – devidamente fundamentada e com seus pressupostos previstos em lei. Nesse sentido, entendia-se que o princípio da presunção de inocência, por seu enorme valor dentro do Estado democrático, impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.

O habeas corpus em comento foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que indeferiu o pedido de liminar lá apresentado. A defesa buscava afastar o mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

O caso envolvia um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado (artigo 157, parágrafo 2º, I e II do Código Penal). Depois da condenação em primeiro grau de jurisdição, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição do mandado de prisão.

Segundo a argumentação da parte defensiva, a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória representaria séria afronta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, mais ainda, ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República).

O relator do processo, ministro Teori Zavascki, votou no sentido da mudança de jurisprudência. De acordo com a sua exposição, deve-se presumir a inocência do réu até que seja prolatada a sentença condenatória em segunda instância. Na visão do ministro, após esse momento processual, exaure-se o princípio em análise, tendo em vista que os recursos em grau extraordinário (interpostos perante o STJ e o STF) não se prestam a discutir fatos e provas, apenas questões de direito. Ressalva-se, nesses casos, por óbvio, as hipóteses de revisão criminal – artigo 621 do Código de Processo Penal.

O entendimento do ministro relator foi prontamente seguido pelos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. A ministra Rosa Weber abriu a divergência, afirmando não se sentir preparada para enfrentar a questão e mudar a jurisprudência da Corte. Em sequência, os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes acompanharam os argumentos do relator.

O ministro Marco Aurélio, por sua vez, seguiu a divergência para manter o entendimento de que sentença só pode ser executada após o trânsito em julgado da condenação. Também seguiram a divergência os ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

A propósito, vejamos o acórdão em questão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de

*inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.*⁷⁹

4.1.2. Ofensa ao princípio da presunção de inocência como reprodução da epistemologia inquisitiva.

Como tarefa prévia, é preciso salientar que a noção de Estado de direito constitucional, por excelência, orienta-se no sentido de um ambiente destinado à consolidação dos direitos fundamentais, mormente no que rege a atuação das agências de repressão. É inegável que o princípio da presunção de inocência – disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República e no artigo 8.2 do Pacto São José da Costa Rica – está circunscrito nessa conjuntura, pois é resultante de um longo e obscuro processo histórico de lutas contra o poder absoluto, configurando-se nas sociedades civilizadas como valor estruturante e exigência básica do respeito à dignidade da pessoa humana.

A prova da responsabilidade pela ocorrência do fato penalmente é que deve ser demonstrada pelo órgão acusador, enquanto a inocência deve ser presumida desde o início até a decretação de sentença definitiva de condenação. Tal princípio se fundamenta em uma escolha garantista de tutela da imunidade dos inocentes, ainda que isso represente a impunidade de algum culpado.⁸⁰ A partir do momento em que a inocência dos cidadãos não é assegurada, viola-se por consequência também a liberdade. O interesse do corpo social advém, portanto, da certeza de que todos os inocentes, sem exceção, serão protegidos.

Na decisão do Habeas Corpus 126.292, entretanto, pode se observar uma total violação a esses postulados democráticos que buscam o estabelecimento do processo penal como espaço de concretização de direitos fundamentais. Ao revés, é possível aferir, a partir dos votos dos ministros, um discurso de supressão de direitos em garantia da eficiência do sistema penal. Nesse sentido, desvincula-se o processo penal de sua função precípua de limitar

⁷⁹ Habeas Corpus 126.292 de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Em Sessão Plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, por maioria, os ministros do Supremo Tribunal Federal denegaram a ordem nos termos do voto do relator. Data do julgamento: 17 de fevereiro de 2016. Disponível na íntegra em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 3ª edição. Editora: Revista dos Tribunais, 2010, p. 505 – 506.

(racionalizar) o poder punitivo e não de potencializá-lo em função de um direito abstrato à segurança pública ou à garantia da aplicação da lei penal.⁸¹

A propósito, destaca-se o seguinte trecho do ministro relator Teori Zavascki:

*“O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.”*⁸²

Nessa mesma linha de pensamento e ao mencionar um suposto princípio de efetividade no que diz respeito à jurisdição na tutela penal, o magistrado prossegue:

*“Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.”*⁸³

81 CASARA, Rubens R.R. *Mitologia Processual Penal*. Rio de Janeiro. Editora: Saraiva (100 anos). 2015, p. 141 – 142.

82 HC 126.292..., op. cit. p. 4.

83 HC 126.292..., op. cit. p.18.

A partir da análise do voto citado, foi possível inferir um discurso de viés repressivo, dentro do qual se observa uma perspectiva utilitarista do processo penal.⁸⁴ Por essa visão, entende-se o processo como mecanismo de repressão e de controle social destinado a imposição de um castigo – visão vinculada à epistemologia inquisitiva. Afasta-se, com isso, uma concepção garantista que se faz necessária como instrumento de enfrentamento das patologias inquisitoriais presentes no sistema de justiça criminal.

O constitucionalista Luis Roberto Barroso, por sua vez, não fugiu da mesma lógica antigarantista no momento de proferir seu voto. Ao mencionar o descrédito do sistema de justiça penal e a sensação de impunidade advinda da sociedade, o magistrado contraria o papel de concretização dos direitos das minorias que desempenham os direitos humanos fundamentais.⁸⁵ Como se sabe, uma definição de democracia, dentro dos sistemas contemporâneos, deve abarcar condições não só formais, mas também substanciais como forma de atender a seus fundamentos axiológicos, quais sejam: os valores de igualdade, de paz e de tutela dos fracos contra a lei do mais forte.⁸⁶

Destaca se:

“Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva 9 ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.”⁸⁷

84CASARA, Rubens, R.R. *Mitologia processual...*, op. cit. p. 195.

85 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Uma discussão sobre direito e democracia*. Tradução: Alexandre Araujo de Souza. Rio de Janeiro Editora: Lumen Juris. 2012, p. 76.

86Ibid. p. 92.

O princípio da presunção de inocência exsurge como uma garantia de segurança aos indivíduos, fornecida pela concepção de Estado democrático, que protege os indivíduos contra abusos do poder de punir. É imperioso ressaltar que a segurança da sociedade e os direitos dos cidadãos são ameaçados não apenas pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias.⁸⁸

O ministro ainda recorre a uma retórica autoritária que tenta colocar a eficiência da persecução criminal acima dos direitos individuais, invertendo a própria ideia de Estado de direito, destinado a minimização da violência e à racionalização do exercício do poder.

Nesse aspecto, destaca-se:

“Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.”⁸⁹

Barroso, ao oferecer seu voto, utiliza também uma técnica recorrente aos modelos de direito penal máximo: a instrumentalização de conceitos vagos e indeterminados (por isso, suscetíveis de numerosas interpretações) idôneos para garantir a criminalização de inúmeras condutas sociais.⁹⁰ Ao fazer referência ao conceito de *ordem pública* para justificar seu posicionamento em favor da execução provisória da pena, o ministro demonstra seu posicionamento contrário ao modelo garantista de contenção do arbítrio punitivo.

87HC 126.292..., op. cit. p. 34

88FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Uma discussão sobre direito...* op. cit. p. 506 – 507.

89HC 126.292..., op. cit. p. 42.

90 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Uma discussão...*, op. cit. 45.

Dessa forma, vejamos:

*“Pois bem. No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal²³. Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repressão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal.”*⁹¹

[...]

*“Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade.”*⁹²

Nota-se, por último, que o magistrado redesenha as fronteiras entre público e privado, colocando que o sacrifício ao princípio da presunção de inocência estaria justificado em virtude da resultante *quebra do paradigma da impunidade* e da restauração do *sentimento social de eficácia da lei penal*. Nada mais absurdo e violador do paradigma garantista.

Sendo assim, transcreve-se o seguinte trecho do voto:

“Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então

91 HC 126.292..., op. cit. p. 45.

92HC 126.292..., op. cit. p. 48.

iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal.”⁹³

O voto de Luiz Fux foi outro seguiu o mesmo raciocínio. Ao colocar que “*a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer*”,⁹⁴ o ministro deixa transparecer que atendeu a uma retórica antidemocrática ao analisar a questão elencada. Nesse sentido, o magistrado coloca um suposto interesse ou sentimento da coletividade em superioridade em relação aos direitos individuais, o que permite uma ampliação indeterminada do poder penal. Essa concepção homogeneizante de sociedade civil - que redimensiona os limites entre público e privado e coloca o indivíduo como não detentor de nenhum interesse fora do interesse comunitário – traduz-se como ferramenta de implementação dos ideais autoritários, mesmo em ambientes formalmente democráticos.

Importa ressaltar que essa argumentação consagradora da onipotência do Estado e do sentimento da sociedade, em detrimento das garantias fundamentais, mostrou-se funcional em modelos fascistas que privilegiavam o uso da força e da violência estatal – como exemplo, podemos citar a Itália da década de 1930.⁹⁵ A eleição da razão pública, interpretada como como razão de Estado, foi responsável por uma técnica, habitual em modelos despóticos, de

93HC 126.292..., op. cit. p. 53.

94HC 126.292..., op. cit. p. 59

95CASARA, Rubens R.R. *Processo Penal do Espetáculo...*, op. cit., p. 98 – 99.

conversão de interesses particulares em interesses gerais.⁹⁶ Basta lembrar, conforme dito, que o interesse da sociedade não reside na concretização da condenação criminal, mas acima de tudo na tutela e na proteção de todos os inocentes.

A noção de que não é razoável presumir a inocência do réu após o acórdão penal obedece a essa mesma ideologia inquisitorial, pois orienta a pena à proteção do Estado e do poder judiciário, desconsiderando a natureza de limitação do arbítrio que deve conter o processo penal moderno. O caráter singular do direito e do processo penal reside justamente nessa questão. O saber jurídico-penal jamais se identifica como neutro, sendo fruto de uma escolha política previamente estabelecida.⁹⁷ No caso em apreço, a escolha política do legislador constitucional, ao redigir o artigo 5º, inciso LVII, foi a de optar pela proteção do estado de inocência do réu até que finalizada toda a marcha processual.

Nesse ponto, faz-se indispensável, mais uma vez, recorrer à lição de Luigi Ferrajoli:

“Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.”⁹⁸

Em contraposição à leitura conservadora feita pelos magistrados mencionados, cabe ressaltar os votos do ministro Marco Aurélio e do ministro Celso de Mello. O primeiro destacou, conforme a proposta do presente trabalho, que justamente nos momentos de alegada crise constitucional e de crescimento dos discursos autoritários é que devemos nos equipar, rigidamente, com os parâmetros, princípios e valores da epistemologia garantista. Nesses termos, pugna-se pela construção de um saber processual penal crítico, capaz de denunciar as

96 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª edição. Editora: Marcial Pons. São Paulo, p. 26.

97 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. Editora: Revan. Rio de Janeiro. 2003, p. 90.

98 FERRAJOLI, L. Luigi. *Direito e Razão*..., op. cit. p. 506.

inúmeras práticas inquisitoriais do sistema de justiça criminal, com o objetivo de conduzir uma reconstrução hermenêutica nesse campo do saber. Ademais, o magistrado lembrou a importância do judiciário atuar conforme os limites e a regulação estipulada pelos demais poderes, como instrumento de efetivação do projeto constitucional. Vejamos:

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.⁹⁹

Presidente, o acesso aos Tribunais de Brasília ainda está pendente. Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção.¹⁰⁰

O voto do ministro Celso de Mello também ressaltou a relevância do princípio da presunção de inocência como expressão de enormes conquistas da cidadania. Fazendo uma abordagem histórica pertinente, o decano recordou que a estratégia de se considerar previamente culpado réu, ao invés da inocência, foi utilizada também durante a vigência do Estado Novo. Tal presunção exonerou de forma completa as agências repressivas de investigar e de comprovar a culpa do acusado nos delitos contra a segurança nacional.

O magistrado asseverou também que o estado de inocência não se esvazia ao longo do processo, como muitos querem argumentar. A função primordial do princípio da presunção de inocência nos ordenamentos jurídicos atuais é fundar o estado o original de incerteza que

⁹⁹HC 126.292..., op. cit. p. 77.

¹⁰⁰HC 126.292..., op. cit. p. 78.

persistirá por toda a persecução criminal até o momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹⁰¹ Apenas o processo que se caracteriza de início pela incerteza do julgador e que reclama a certeza como meta, alcançada em harmonia com os preceitos que asseguram a dignidade da pessoa humana, tem o condão de caracterizar o devido processo legal e, dessa forma, afastar a presunção de inocência.¹⁰²

Nesse contexto, torna-se relevante salientar o trecho a seguir:

“Lembro-me de que, no passado, sob a égide autoritária do Estado Novo, editou-se o Decreto-lei nº 88/37, que impunha ao acusado o dever de provar, em sede penal, que não era culpado!!! Essa regra legal – como salientei no julgamento do HC 83.947/AM, de que fui Relator – consagrou uma esdríxula fórmula de despotismo explícito, pois exonerou, absurdamente, o Ministério Público, nos processos por delitos contra a segurança nacional, de demonstrar a culpa do réu. O diploma legislativo em questão, com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos, veio a consagrar, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), a obrigação de o réu provar a sua própria inocência!!!”¹⁰³

[...]

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. Enfatizo, por necessário, que o “status poenalis” não pode sofrer – antes de sobrevir o trânsito em julgado de condenação judicial – restrições lesivas à esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. Essa opção do legislador constituinte (pelo reconhecimento do estado de

101 PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles...* op. cit. p. 17.

102 *Ibid.*

103 HC 126.292..., op. cit. p. 90.

*inocência) claramente fortaleceu o primado de um direito básico, comum a todas as pessoas, de que ninguém – absolutamente ninguém – pode ser presumido culpado em suas relações com o Estado, exceto se já existente sentença transitada em julgado.”*¹⁰⁴

A partir da análise dos votos dos ministros, foi possível observar a permanência de uma cultura autoritária no seio do processo penal brasileiro. Há sempre algum nível de arbitrariedade na conformação dos modelos jurídicos, por isso, é imprescindível a atenção à aplicação dos institutos e o exame de sua repercussão por diversos ângulos e não exclusivamente pelo da conveniência do poder estatal.¹⁰⁵

O processo penal moderno deve, portanto, ser pautado na concretização do projeto constitucional democratizante. Para isso, torna-se indispensável o abandono do recurso ao *patrimônio autoritário*.¹⁰⁶ Nessa perspectiva, o apego à epistemologia garantista se torna compromisso primordial para o desenvolvimento de um processo criminal capaz de atender aos ideais de justiça e de dignidade da pessoa humana. O discurso de crise do sistema carcerário, conforme se depreende da análise dos votos que aprovaram a execução provisória da pena, jamais pode servir de subterfúgio para que o órgão julgador se esquive de atuar no seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, conforme preleciona a Constituição da República.

104HC 126.292..., op. cit. p. 93

105 PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Editora: Marcial Pons. 2012, p. 15.

106CASARA, Rubens, R.R. *Mitologia processual...*, op.cit. p.302.

4.2....Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador e o posicionamento garantista da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4.2.1. Breves considerações a respeito do julgamento.

Em 23 de junho de 2006, conforme o disposto nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte demandas contra a República do Equador apresentadas pelo senhor Juan Carlos Chaparro Álvarez, e pelo senhor Freddy Hernán Lapo Íñiguez.

A Comissão salientou que no momento dos fatos o senhor Chaparro, de nacionalidade chilena, era dono da fábrica “Plumavit”, dedicada à elaboração de caixas de refrigeração para o transporte e exportação de produtos diversos, enquanto o senhor Lapo, de nacionalidade equatoriana, era o gerente da mesma fábrica. De acordo com a demanda, durante uma operação antidrogas, oficiais da polícia apreenderam em 14 de novembro de 1997, no Aeroporto Simón Bolívar da cidade de Guayaquil, um carregamento de peixes que seria enviado com destino à cidade de Miami. Nesse carregamento, foram encontradas caixas térmicas ou refrigeradoras nas quais se detectou a presença de cloridrato de cocaína e heroína. Segundo a demanda, o senhor Chaparro foi considerado suspeito de pertencer a uma “organização criminosa internacional” dedicada ao tráfico internacional de narcóticos, posto que sua fábrica se destinava à fabricação de caixas de refrigeração similares às que foram apreendidas, motivo pelo qual houve a expedição de mandado de busca e apreensão na fábrica Plumavit e a detenção para fins investigativos do senhor Chaparro.

A Comissão argumenta ainda que, no momento da detenção do senhor Chaparro, as autoridades estatais não o informaram sobre os motivos e razões dessa detenção, nem tampouco a respeito de seu direito de solicitar assistência consular do seu país de origem - Chile. Segundo a Comissão, o senhor Lapo foi detido, junto com outros empregados da Plumavit, durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão na fábrica. Sendo assim, a detenção do senhor Lapo não se concretizou no momento do flagrante delito e nem foi precedida de ordem judicial escrita. Além disso, não o informaram sobre os motivos e razões de sua detenção.

Os dois acusados foram levados para dependências policiais e permaneceram incomunicáveis por cinco dias. O senhor Chaparro não teria contado com assistência jurídica no momento de prestar sua declaração inicial. Já a defesa pública do senhor Lapo não foi realizada de maneira adequada. De acordo com a Comissão, a detenção dos dois ultrapassou o período máximo legal permitido pelo direito interno, e também ambos não foram conduzidos sem demora perante um juiz para que verificasse a legalidade da prisão. A Comissão acrescentou que as diversas perícias realizadas concluíram que os refrigeradores apreendidos não poderiam ter sido fabricados pela fábrica Plumavit. Não foi encontrada nenhuma prova que incriminasse os senhores Chaparro e Lapo pelo delito de tráfico ilícito de drogas. Não obstante, ambos foram mantidos em regime de prisão provisória durante mais de um ano, o que viola de forma flagrante o princípio da presunção de inocência.

Os senhores Chaparro e Lapo interpuseram os recursos cabíveis com o objetivo de que fossem revisados os fundamentos da medida privativa de liberdade, porém, não obtiveram êxito. A fábrica Plumavit foi fechada em 15 de novembro de 1997, após a busca e apreensão. Embora não tenham sido encontradas drogas, a empresa só foi restituída ao dono quase cinco anos depois de ter sido confiscada. O veículo do senhor Lapo até o momento não foi devolvido. Além disso, existiriam registros públicos e em instituições privadas com antecedentes criminais das supostas vítimas em relação aos fatos do presente caso.

Nesse contexto, a Comissão solicitou à Corte que estabeleça a responsabilidade internacional do Estado pela violação, em detrimento das duas supostas vítimas, de diversos direitos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁰⁷

4.2.2. Análise do julgamento e o respeito às garantias fundamentais.

Inicialmente, cabe recordar que o procedimento das demandas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos segue um rito específico, prescrito em um

¹⁰⁷A síntese do caso retirada do livro: *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 234 – 235.*

regulamento próprio.¹⁰⁸ Conforme este regulamento, a demanda da Comissão primeiramente é direcionada ao Estado para que este tome ciência de sua atuação. Após isso, a Comissão pode solicitar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tome as medidas que considere pertinentes em assuntos graves e urgentes mesmo que ainda não submetidos a julgamento.

No que diz respeito ao julgamento em comento, torna-se relevante destacar as disposições trazidas pela Corte Interamericana, mormente o que diz respeito ao princípio da presunção de inocência, como forma de cotejá-lo com a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292.

Com relação à presunção de inocência, a Comissão alegou que o Estado do Equador violou tal princípio, tendo em vista a duração exacerbada das prisões preventivas. Ademais, ressalta-se que, no caso concreto, foi aplicado artigo 116 da LSEP (Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas) que presumia a culpabilidade do acusado, em prejuízo da inocência, muito embora o Tribunal Constitucional equatoriano já houvesse declarado a inconstitucionalidade de tal norma.

Do disposto no artigo 8.2. da Convenção Americana de Direitos Humanos,¹⁰⁹ extrai-se uma obrigação estatal de não restringir a liberdade do acusado, além dos limites estritamente necessários para assegurar que o mesmo não irá atuar para atrapalhar o regular andamento do processo e nem se esquivar da ação da justiça. Sendo assim, conforme o entendimento da Corte, a prisão provisória detém uma natureza estritamente cautelar, não configurando em nenhum caso uma medida punitiva.

Conforme a análise da Corte, ao privar de liberdade os senhores Chaparro e Lapo por um prazo desproporcional, sendo evidente que sua responsabilidade criminal ainda não

108 Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos está disponível em: <https://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/Viejos/w.Regulamento.Corte.htm>.

109 Artigo 8.2 da CADH: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]”*

havia sido estabelecida, é incontestável que o Estado do Equador violou o princípio da presunção de inocência. Uma prisão provisória que despreza o caráter cautelar que caracteriza a medida constitui com toda a certeza instrumento de antecipação da pena – mecanismo este que não está previsto no ordenamento nacional, tampouco internacional.

É notório que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se preocupou em proteger o estado de inocência do acusado durante toda a persecução criminal, diferentemente do que foi feito pela Suprema Corte brasileira. A Corte buscou tomar medidas que pudessem garantir de forma mínima uma reparação para as vítimas e, mais ainda, dar concretude ao princípio da presunção de inocência. Nesses termos, destacam-se os seguintes trechos da decisão que demonstram o apego à epistemologia garantista de limitação do poder estatal.

“O Estado deve comunicar de maneira imediata às instituições privadas concernentes que devem suprimir de seus registros toda referência aos senhores Juan Carlos Chaparro Álvarez e Freddy Hernán Lapo Íñiguez como autores ou suspeitos do ilícito que lhes foi imputado neste caso, de acordo com o parágrafo 260 da presente Sentença.

[...]

O Estado deve adotar imediatamente todas as medidas administrativas ou de outra natureza que sejam necessárias para eliminar de ofício os antecedentes criminais das pessoas absolvidas ou cuja responsabilidade não seja determinada definitivamente. Além disso, em prazo razoável deverá implementar as medidas legislativas pertinentes para essa finalidade, nos termos do parágrafo 270 desta Sentença.”¹¹⁰

4.3...Reflexão crítica das decisões e a saída garantista no combate ao inquisitorialismo.

Conforme se depreende do balanço das decisões, existe um conflito, muito presente nos ordenamentos jurídicos modernos, entre a lógica processual penal minimalista e a

110 Sentença retirada do livro: Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 280.

maximalista. O primeiro tem sua matriz genealógica na teoria do Garantismo penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, e se caracteriza por representar a escolha pela racionalidade cognitiva em detrimento da barbárie.¹¹¹ Nesse sentido, constata-se em tais modelos o apego as normas presentes na Constituição da República e nos Tratados de Direitos Humanos, como forma de coibir a vingança tanto pública quanto privada.

O Garantismo, vinculado ao modelo de direito penal mínimo, constitui mecanismo de concretização das garantias do imputado de forma a minimizar os espaços impróprios de discricionariedade judicial e fornecer um parâmetro sólido que garanta a independência da magistratura e, com isso, o controle da legalidade do poder.¹¹² A titularidade do poder de penar por parte do Estado advém justamente da confiança por parte da população de que, através do Estado, pode-se suprimir a vingança privada e implantar critérios de justiça, como forma de dar concretude ao discurso dos direitos humanos e fundamentais.

A noção de garantia, etimologicamente, refere-se a uma posição de segurança, isto é, posição que estabelece um contraponto à incerteza e à fragilidade.¹¹³ Na definição de Ferrajoli: “[...] *son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos em cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas com capacidade de obrar;*”.¹¹⁴ Por essa concepção, entende-se que a ideia de direitos fundamentais não faz referência a uma norma ou a uma constituição específica, mas sim a uma definição ampla, presente nos ordenamentos de matriz democrática, que garante dignidade a todos os indivíduos enquanto cidadãos.

111CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 77.

112LOPES JÚNIOR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 11-33., jan./abr. 2001. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=33834>. Acesso em: 22 nov. 2017.

113LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. A forma como garantia contra a pulsão vingativa do sistema penal. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 22, n. 264, p. 12-15., nov. 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=106172>. Acesso em: 21 nov. 2017, p. 12.

114 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias. La ley del más débil*. Quinta edición. 2006, p. 37.

Por outro lado, o projeto de direito penal máximo se identifica pela ausência de critérios de controle do arbítrio punitivo,¹¹⁵ indicando uma opção política pelo uso da violência como aparelho de controle social dos indivíduos indesejados. Tais modelos estão ligados a uma cultura inquisitorial que enxerga o processo penal como espaço destinado à segurança pública, concepção esta que resulta na mitigação de garantias fundamentais,¹¹⁶ conforme se observou da apreciação dos votos da maioria dos ministros no julgamento do HC 126.292.

Em um cenário de permanência das funcionalidades do direito penal máximo, mesmo em um ambiente formalmente democrático, percebe-se que o discurso de supressão dos direitos fundamentais em nome da eficiência estatal permanece muito recorrente. O que se depreende da análise das decisões é que o processo penal brasileiro se encontra recheado de disfunções autoritárias. A superação dessas disfunções reclama uma instrumentalidade crítica e a implementação da epistemologia garantista, capaz de concretizar um projeto de transformação social e cultural da sociedade.

De início, salienta-se que o processo penal moderno, de forma nenhuma pode se manifestar como um mero ritual de imposição do castigo, previamente formulado pelas agências repressivas.¹¹⁷ Com suas particularidades que o afastam do processo civil, no campo penal, o processo não se configura como instrumento que tem como única finalidade a satisfação da pretensão acusatória.¹¹⁸ É necessário reconhecer o papel da jurisdição penal como espaço de luta político-ideológica, indispensável para a concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, deve-se resgatar a base principiológica da teoria formulada por

¹¹⁵*Ibid.* p. 84.

¹¹⁶CASARA, Rubens, R.R. *Mitologia...*, op. cit. p. 196.

¹¹⁷ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles...* op. cit. p. 17.

¹¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal...* op. cit. 17.

Luigi Ferrajoli como exercício de vocação democrática, destinado à formulação de um saber jurídico penal crítico e qualificado para o enfrentamento da cultura autoritária.

Muito da natureza autoritária dos julgamentos no Brasil se dá também pela permanência e a prevalência de institutos do Código de Processo Penal em prejuízo ao que está previsto na Carta Magna e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Nessa ordem, torna-se imperioso, como operação destinada à superação das persistências antidemocráticas, o exame de constitucionalidade e de convencionalidade dos dispositivos do Código de 1941. Somente a partir da revisão dessa legislação substancialmente inconstitucional é que podemos transformar as estruturas que amarram o processo penal brasileiro, de forma a garantir o atual funcionamento desumano do sistema de justiça criminal.

Livrar-se da estrutura inquisitorial requer, portanto, o conhecimento e a compreensão dos princípios inerentes à teoria garantista. Muito embora a Constituição da República tenha estipulado o sistema acusatório como norte para atuação dos atores jurídicos criminais, como se viu, a realidade experimentada pela prática processual brasileira traduz-se de forma bem diferente. A mera positivação de normas essencialmente democráticas não basta para propiciar o desapego dos atores jurídicos à epistemologia inquisitiva. É necessário ir além!

O discurso de crise ¹¹⁹ das instituições e do sistema carcerário, aliado a necessidade de garantir a eficiência da persecução criminal, é recorrentemente instrumentalizado para permitir o avanço das convicções punitivas, sob o argumento da preponderância da vontade popular. Tal manifestação, conforme se sustenta no presente trabalho, consiste em um artifício antigo, resultante de um projeto político e econômico antidemocrático e repressivo. Busca-se substituir tal discurso pelo da valorização das garantias fundamentais. A epistemologia garantista precisa ser encarada como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos para permitir a proteção das minorias marginalizadas em oposição às majorias integradas. ¹²⁰

119COSTA, Eduardo Maia. A crise de justiça: crise, discurso da crise e discurso crítico. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 20, n. 77, p. 17 - 18., jan./mar. 1999. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18904>. Acesso em: 22 nov. 2017.

120 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*.... op. cit. p. 797.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o princípio, o trabalho orientou-se no sentido de apresentar o paradigma garantista como um elemento capaz de conter os abusos do poder de punir. Os poderes, por sua natureza política e ideológica, devem estar sempre sujeitos a limitações, sob pena de se manifestarem, nas palavras descritas na obra do mestre italiano, usada como referencial no presente trabalho, em *poderes selvagens*.

A teoria do garantismo penal desponta, dessa forma, como um essencial instrumento de transformação social da realidade jurídica brasileira. Do ponto de vista prático, torna-se imprescindível o apego ao sistema de garantias como instrumento de superação das naturais vocações autoritárias de todos os poderes públicos e privados. É justamente essa concepção do poder como naturalmente suscetível à ampliações e arbitrariedades por parte de seus detentores que funda o paradigma apresentado. A desconfiança com relação ao poder penal, mormente quando inserido em uma cultura historicamente antidemocrática como a brasileira, é que nos remete a necessidade da imposição de vínculos e limites funcionais.

Embora haja uma falsa percepção de que o inquisitorialismo foi superado pelo advento das democracias modernas, é possível perceber que a estrutura marcante desse modelo – na esfera política e social, caracterizada pelo uso da força em detrimento do conhecimento e, na esfera jurisdicional, pelos decisionismos – mantém-se em plena atividade na forma do chamado Estado de exceção. Essa construção teórica cria o horizonte responsável pela permanência da lógica de combate ao inimigo interno através de uma guerra civil legitimada pelo Estado.

A potência do senso comum e da cultura autoritária se reverte no imaginário dos agentes responsáveis pela atuação criminal – poder judiciário, polícia judiciária e ostensiva e Ministério Público. Com efeito, passa-se a enxergar o processo penal dentro de uma concepção simplista e retrógrada, isto é, vislumbra-se o procedimento criminal como uma mera sequência de atos que se destinam a imposição de uma pena, desconsiderando seu caráter fundamental de contenção da violência estatal. A partir dessa inferência é que, no universo jurídico desses atores, o processo penal converte-se em um instrumento de segurança

pública e de contenção dos setores indesejados. Tal lógica é predominante na jurisprudência brasileira e encontra-se em clara dissonância com a estrutura garantista aqui defendida.

O processo penal garantista pugna, de outra sorte, pela maximização do conhecimento obtido de forma segura no processo e pela minimização das violências tanto pública quanto privada. Conforme se destaca: o recrudescimento penal não estabelece uma solução para os quadros de corrupção e de violência moderna, pelo contrário, esse quadro apenas se agrava com crescimento desmesurado da repressão punitiva. Esse crescimento, nas democracias modernas, manifesta-se pelo discurso da eficiência que impõe sacrifícios às garantias fundamentais, arduamente conquistadas por processos de luta históricos.

Constitui inquestionável estratégia de regimes políticos autoritários a flexibilização das formas processuais, de maneira a reduzir os obstáculos à atividade e garantir a eficiência jurisdicional. Não se pode cair nessa falácia. As regras do jogo democrático são necessárias à concretização dos ideais de justiça e de dignidade que se almeja. O Garantismo penal simboliza, portanto, o modelo epistemológico capaz de reduzir as arbitrariedades e proteger os direitos fundamentais, tão caros aos modelos democráticos.

A ruptura com a tradição autoritária exige, por último, a formação de novos atores jurídicos, conscientes da tradição em que estão imersos, e comprometidos com a dignidade humana e com os valores constitucionais, permitindo a construção de novas interpretações do poder penal. A experiência histórica nos demonstra que nenhuma garantia jurídica pode sobreviver exclusivamente por normas se não for apoiado na luta por sua efetivação por parte das forças políticas e sociais. Nessa ordem, torna-se indispensável a defesa intransigente das proposições garantistas, como meio de produzir um saber jurídico penal crítico que seja capaz de enxergar o potencial transformador dos direitos fundamentais no âmbito do processo penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo. Editora: Boitempo. 2003.
- ALMEIDA, Lucas Laire Faria. Punição, vingança e justiça criminal: uma experiência vitimológica. Revista Última Ratio, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 92 - 93., 2008. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123967>. Acesso em: 17 nov. 2017.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. 6ª Edição. Juarez Cirino dos Santos. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro. 2011, p. 38 - 39.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 12ª Edição, revista e atualizada. Editora: Revan. Rio de Janeiro. 2011, p. 75 – 76. 45
- BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 90 - 92 out./dez. 1997. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18351>. Acesso em: 14 nov. 2017.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 103 p 411-436 jan./dez/ 2008.
- BEZERRA, Edson Alves; HAAS, Rosangela Londero; LEITE, Caio Fernando Gianini. Labelling approach ou teoria do etiquetamento. Disponível em: <http://site.ajes.edu.br/encontro/arquivos/20160821080928.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2017.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- CARVALHO, Salo de. Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajolino Brasil. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 77. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18351>. Acesso em: 14 nov. 2017.
- CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. Algumas linhas sobre o direito à resistência. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 12, v. 3, 1995. p. 155-161 / RBCCRIM Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
- CASARA, Rubens R.R. Mitologia Processual Penal. Rio de Janeiro. Editora: Saraiva (100 anos). 2015, p. 239. 30Ibid. p. 240 – 243.
- CASARA, Rubens R.R. Processo Penal do Espetáculo. Ensaios sobre a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis. Editora: empório do direito. 2015, p. 103 - 105.
- CAZON, Ana Paula Finger. Direito Penal do Inimigo. Raízes Jurídicas, Curitiba, vol. 8, n. 1, jan/jun. 2016, p. 335. Disponível em: http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/viewFile/17/pdf_13. Consultado em: 13 de novembro de 2017.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (CADH), 1969. Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm.
- COSTA, Eduardo Maia. A crise de justiça: crise, discurso da crise e discurso crítico. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 20, n. 77, p. 17 - 18., jan./mar. 1999. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18904>. Acesso em: 22 nov. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

CRUZ, Joana de Menezes Araújo da. *Desobediência Civil nos Interstícios do Estado de Direito*. 1ª edição. Editora: Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2017.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. 1ª edição. Editora: Revan. Rio de Janeiro. 2015, p. 31

DOS SANTOS, Juarez Cirino. O direito penal do inimigo – ou discurso do direito penal desigual. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Quinta edición. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 3ª edição. Editora: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2012, p.51. 27

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens. A crise da democracia italiana*. Tradução: Alexandre Araujo de Souza. Editora: Saraiva (100 anos). 2014, p. 17 – 19.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. *Direito de resistência e desobediência civil*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151021-12.pdf>. Consultado em 13 de outubro de 2017.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Processo penal, estado de exceção e o Volksgerichtshof: o Tribunal do Povo na Alemanha nazista*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 127, p. 201 - 202., jan. 2017. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133030>. Acesso em: 9 nov. 2017.

KHALED JR, Salah H. *A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal*. Revista EMERJ 67. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5192/A%20ambi%C3%A7%C3%A3o%20de%20verdade%20e%20a%20perman%C3%Aancia%20do%20autoritarismo%20processual%20penal.pdf?sequence=1>. Consultado em 23 de outubro de 2017.

LEITÃO, João Pedro Drummond Marques. *Análise crítica sobre a prisão preventiva no Direito Brasileiro*. 2016, p. 20 – 21. Disponível em: <http://www.repositorio.uff.br/jspui/bitstream/1/3187/1/TCC.pdf>. Consultado em: 10 de novembro de 2017.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. *A forma como garantia contra a pulsão vingativa do sistema penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 22, n. 264, p. 12-15., nov. 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=106172>. Acesso em: 21 nov. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *A instrumentalidade garantista do processo penal*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 11-33., jan./abr. 2001. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=33834>. Acesso em: 22 nov. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Volume I. 7ª edição. Editora: Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2011, p. 45 – 47.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A criminalização dos imigrantes irregulares e a edificação do subsistema penal de exceção (ou do inimigo): o triste exemplo da legislação italiana e espanhola. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 116, p. 308 - 309, set./out. 2015. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=126475>. Acesso em: 10 nov. 2017. 40Ibid. p. 203 - 204.

MELCHIOR, Antonio Pedro. A teoria crítica do processo penal. Disponível em: <http://www.antonioedromelchior.adv.br/wp-content/uploads/2015/05/a-teoria-critica-do-processo-penal.pdf>. Consultado em 18 de outubro de 2017.

MORAIS, da Rosa Alexandre. Decisão no processo penal como bricolage de significantes. Curitiba. 2004, p. 149. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0%20-%202004%20Alexandre%20Rosa%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Consultado em: 12 de novembro de 2017.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan - fev. 2015.

PASTOR, Daniel R. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa Del despestigio actual de los derechos humanos*, p. 02 - 04. <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2017.

PASTOR, Daniel. R.; GUZMÁN, Nicolás. Neopunitivismo y Neoinquisición. Um análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado. Buenos Aires, noviembre de 2008, p. 205.

PEDRINHA, Roberta Duboc. Notas sobre no Garantismo de Luigi Ferrajoli: da base principiológica ao modelo penal - a imperatividade de sua aplicação e a efetividade dos direitos fundamentais. In: *Revista UCAM 2 – Garantismo e Ferrajoli*.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Em busca de um direito penal mínimo e de uma redefinição de papel para o Ministério Público*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 8, n. 95, p. 13-14., out. 2000. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=29003>. Acesso em: 16 nov. 2017.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Editora: Marcial Pons. 2012.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade das Leis Processuais Penais*. 4ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2006.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª edição. Editora: Marcial Pons. São Paulo, p.19. 70

SILVA, Raíssa Zago Leite da Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 18, p. 102., jan./abr. 2015. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129061>. Acesso em: 14 nov. 2017.

THOREAU, Henry David. *Desobediencia. Antología de ensayos políticos. Traducción y notas de Laura naranjo Gutiérrez, Carmen Torres Garcia y Marcos Nava Garcia*. Madrid, errata naturae editores, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro. Editora: Revan. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Editora Revan. 5ª edição, janeiro de 2001. Rio de Janeiro.