



5 JIIC

JORNADA DE INTEGRAÇÃO
E INICIAÇÃO CIENTÍFICA

FACULDADE
CESUSC

DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL: UMA RELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL E DIREITOS HUMANOS.

André Rodrigues de Oliveira ¹
Dirnei Levandowski Xavier ²

RESUMO

Trata-se da análise da aplicabilidade da teoria do garantismo penal no Brasil, sobretudo diante do atual contexto de instabilidade econômica (financeira e comercial), política, organizacional, estrutural, conjuntural e fundacional que assola o país nos últimos anos, como decorrência, direta e imediata, de inúmeros fatores que dificultam/impossibilitam o desenvolvimento econômico, institucional e social esperado de um Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, infelizmente, tem-se defendido ferozmente e abertamente, por muitos, diga-se de passagem, o endurecimento do direito penal, bem como, não menos importante, também se tem operado, diuturnamente, o desrespeito às garantias constitucionais basilares à concretização da dignidade da pessoa humana. No entanto, imperioso destacar que esses discursos – às vezes até mesmo de ódio – demonstram, no mínimo, o desconhecimento dos séculos de conquistas e retrocessos dos direitos humanos aplicados ao direito penal e processual penal. Desta forma, em tempos difíceis é natural que se retorne as discussões acerca da criminalidade, mediante propostas das mesmas soluções simplistas de sempre, isto é, o aumento dos fatos típicos e o endurecimento das penas, como haveria de ser – vez que é do instinto humano a busca por seus próprios interesses, mesmo quando estes acabem violando direitos de outrem. Porém, tendo em vista o incontestável momento de fragilidade em que vivemos, devemos, enquanto operadores jurídicos, defender constantemente as normas (regras e princípios) limitadores do poder punitivo estatal, estas que são aplicáveis a todos nós.

¹ Especialista em Gestão do Meio Ambiente pela Faculdade Dom Bosco - FDB (2011-2012). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (1999-2004). Professor da Faculdade CESUSC. E-mail: andrerodriguesadvocacia@gmail.com.

² Pós-graduando em Direito Penal e Processual Prático Contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2018). Bacharel em Direito pela Faculdade CESUSC (2013-2018). Endereço eletrônico: dirnei@belloli.com.br.

Portanto, procura-se demonstrar de forma crítica, respeitado os limites aqui propostos, a pertinência do reconhecimento da aplicabilidade do garantismo penal de forma integral.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Princípios Limitadores do Poder Punitivo Estatal. Garantismo Penal Integral. Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se realizar uma abordagem crítica e técnica da aplicabilidade da teoria do garantismo penal no Brasil, tendo em vista sua relevância no atual cenário brasileiro, na medida em que, além de estarmos passando por um contexto de instabilidade jamais visto na história do nosso país, também estamos enfrentando diversos retrocessos no que tange as garantias constitucionais e humanitárias aplicáveis para a concretização da dignidade da pessoa humana e da própria limitação do poder punitivo estatal.

Nesse sentido, um dos aspectos subjetivos que motivaram a escolha do presente tema foram as recentes relativizações de normas (regras e princípios) constitucionais aplicáveis no direito penal e processual penal brasileiro, servindo de exemplo a relativização do princípio da não culpabilidade no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal – STF e, mais próximo deste signatário, os recentes desrespeitos aos princípios limitadores do poder punitivo estatal, como no caso de indeferimento das testemunhas de defesa em ações penais, mesmo sem nenhum requerimento do órgão acusatório nesse sentido, entre tantos outros.

Soma-se ao supramencionado que estamos passando por um contexto extremamente delicado, vez que os níveis de confiança nas instituições são demasiadamente baixos, sofremos com a falta de representatividade em todos os níveis e poderes, os principais veículos de comunicação permanecem silentes, para não dizer indiferentes, com os problemas que assolam o Brasil, na medida em que, às vezes até mesmo de forma tendenciosa e influenciados por interesse próprios, acabam estimulando os discursos de ódio e o endurecimento do direito penal, ao disseminar, direta e indiretamente, o conhecimento popular – porém vulgar e inconcebível - de “*que os direitos humanos somente são aplicados aos bandidos*”.

Por sua vez, quanto ao aspecto objetivo que motivou a escolha e elaboração do presente trabalho científico, é a tentativa de realizar uma discussão crítica, técnica e profunda acerca da teoria do garantismo penal, principalmente diante da atual ordem

constitucional e democrática do processo penal brasileiro, consagrado com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com efeito, o presente artigo restou dividido em três capítulos, oportunidade na qual serão analisados os sistemas processuais existentes, bem como o adotado pelo Brasil no primeiro Capítulo. No segundo serão abordados os princípios limitadores do poder punitivo estatal, mesmo que brevemente, dado a importância e correlação, direta e imediata, com o tema principal do presente ensaio. Por fim, no terceiro e último capítulo será trabalhado a teoria do garantismo penal no Brasil. O método adotado, conforme exposto infra, será o dedutivo, partindo-se dos conceitos básicos e gerais ao caso específico de aplicação do instituto ora analisado.

Desta forma, levando em consideração os temas inseridos neste contexto, serão analisados, mesmo que brevemente, os sistemas de persecução penal, oportunidade na qual será demonstrado que a Constituição Cidadã de 1988 consagrou o sistema acusatório no processo penal brasileiro, em que pese, atualmente, ainda existirem inúmeros traços inquisitivos no Código de Processo Penal brasileiro, apesar das reformas realizadas ao longo dos últimos anos.

Além disso, tem-se que a nossa Magna Carta derivou de um processo histórico longo e complexo, mas mesmo assim, acabou rompendo balizas autoritárias que sempre existiram no país, consagrando diversas normas (regras e princípios) voltadas à proteção da pessoa humana em face daquela clássica e ainda presente verticalização da pretensão punitiva estatal.

Porém, cabe destacar que, conforme exposto acima, a sua efetivação tem encontrado diversas objeções, frutos de uma herança autoritária que ainda existente na legislação penal, cuja origem remonta ao período ditatorial, fascista e autoritário italiano e alemão do século passado, acrescidos e agravados com os atuais discursos de aumento dos fatos típicos e das penas.

Ademais, também será objeto de análise a teoria do garantismo penal, desde sua origem clássica em Luigi Ferrajolli até alguns autores contemporâneos, oportunidade em que verificaremos a sua aplicabilidade de forma geral e integral, acabando, deste modo, por derruir qualquer entendimento diverso, no sentido de abranger tanto aquele que cometeu um fato típico para o direito penal, como também, e principalmente, para aqueles que não cometeram, mas acabaram, direta ou indiretamente, envolvidas e por essas razões se insiste que o garantismo penal é

aplicado de forma integral, seja para os considerados culpados pelo direito criminal ou para aqueles que nunca estiveram envolvidos com os fatos tipificados como crime.

Por derradeiro, imperioso destacar que, considerando a complexidade da temática em análise, tem-se distante o seu exaurimento, o que, por si só, já demonstra a importância da sua discussão, diante da inegável necessidade de proporcionar o devido esclarecimento aos alheios da dogmática penal e processual penal. Senão vejamos.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

De acordo com o exposto no sumário e na introdução, o presente capítulo busca, grosso modo, demonstrar quais são os sistemas processuais penais existentes, bem como qual é o sistema adotado pelo Brasil, salientando, de plano, que o sistema adotado pela Constituição Federal é muito diferente do adotado pelo Código de Processo Penal, o qual, mesmo assim, infelizmente, restou recepcionado pela nossa suprema corte.

Todavia, falar em sistema processual sem antes definir etimologicamente a palavra sistema seria incorrer em uma precipitação e até mesmo um erro metodológico, podendo, inclusive, conduzir a falta de compreensão do assunto. Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Dicionário *Online* de Português, sistema é a “*reunião dos elementos que, concretos ou abstratos, se interligam de modo a formar um todo organizado*”, ou ainda, uma “*reunião dos preceitos que, sistematicamente relacionados, são aplicados numa área determinada*”.

Para Paulo Rangel (2006, p. 45) o sistema processual é o conjunto de normas (regras e princípios) constitucionais adotados de acordo com o momento político de cada Estado, oportunidade em que são estabelecidas diretrizes básicas a serem seguidas, garantidas, efetivadas e asseguradas na aplicação do direito penal ao caso concreto.

Explico melhor. Segundo Antônio Scarance Fernandes (2012, p. 26), quando o Estado adota uma concepção autoritária “*o processo penal é então dominado, exclusivamente, pelo interesse do Estado, que não concede ao interesse das pessoas nenhuma consideração autônoma*”, ou seja, ligado a uma liberdade inteiramente discricionária do órgão julgador, constitui o único aspecto processualmente relevante, no sentido de que o acusado, por seu turno, “*é visto não como sujeito coactuante, mas*

como mero objeto de inquisição, como algo que é afeito ao processo mas que nele não participa”.

Desta forma, tem-se que o processo penal não pode ser considerado apenas e tão somente como um instrumento técnico e teórico, refletido por valores políticos e ideológicos de uma nação, mas sim um espelho histórico de determinado período, devendo buscar um equilíbrio na concretização dos interesses fundamentais de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu exclusivo poder punitivo e, principalmente, garantir aos indivíduos todos os meios de defesa para preservar sua liberdade (FERNANDES, 2012, p. 26).

Nesse ínterim, constata-se que na história do direito penal alternam-se as mais duras opressões com as mais amplas liberdades, ou seja, é natural quando o Estado está sendo ameaçado pela criminalidade, a persecução penal também venha ser mais rígida e opressora, estabelecendo penas mais severas e tornando o processo mais inflexível. Tal constatação demonstra que a posição do magistrado é um dos pontos cruciais da questão, na medida em que ele representa, diretamente e indiretamente, o próprio Estado, por isso o sistema processual nada mais é do que o reflexo e a resposta da persecução penal frente às exigências do direito penal e do Estado (LOPES JR, 2017, p. 141).

Desta forma, quando o Estado respeita a liberdade individual e possui uma base sólida fundada na democracia, predomina o sistema processual acusatório, porém, de outra forma acontece no Estado autoritário, quando há uma maior repressão em nome do fortalecimento hegemônico estatal em detrimento dos direitos individuais, no qual predomina o sistema inquisitório (LOPES JR, 2017, p. 141).

Ademais, conforme destaca Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 71), na atualidade, jamais poderia ser adotado um sistema integralmente e individualmente por um único ordenamento jurídico, porquanto que existem vantagens de um que associadas aos aspectos de outro constroem o mais apurado método de persecução penal.

Todavia, tem-se que o objetivo deste trabalho acadêmico é buscar o princípio ou núcleo fundante de cada sistema processual, para então classificá-lo, pois este é o ponto crucial a ser verificado (LOPES JR, 2017, p. 53).

Diante do exposto, demonstra-se extremamente importante saber e conhecer os sistemas processuais, para a partir daí, analisar o direito penal e processual como um todo histórico e sistêmico, não limitando-se a seguir o que está expresso na legislação sem nenhuma crítica ou objeção, aceitando aquilo como o absolutamente correto,

justificável e inquestionável. Esse é um dos principais papéis da crítica, a qual, salvo melhor juízo, deve ser exercida por todos que trabalham diuturnamente com o direito.

Desta forma, objetivando esclarecer as ilações acima positivadas, imperioso descrever, grosso modo, quais os sistemas processuais penais existentes. Iniciamos pelo sistema acusatório, tendo em vista ter predominado no direito grego, principalmente pela sua feição democrática e a consideração do imputado como sujeito de direito e não um simples objeto do processo, decorrendo daí a lógica da presunção de não culpabilidade, bem como porque também teria uma participação maior e direta da população na persecução penal, através da Assembleia do Povo que funcionava como órgão acusatório, conduzindo a uma clara separação entre as funções de acusar, defender e julgar, cabendo ao Julgador se manifestar apenas e tão somente quando for provocado pelas partes (MARCÃO, 2016, p. 83-84).

Nesse caminho, com o escopo de tornar mais célere as considerações aqui positivadas, levando em consideração os limites impostos na presente iniciativa científica, sem prejuízo de ressaltar a importância e a complexidade do estudo dos sistemas processuais, descrevemos algumas características do sistema acusatório, a saber: (i) há uma clara divisão entre as funções de acusar, defender e julgar; (ii) são asseguradas todas as garantias de defesa ao acusado; (iii) as partes encontram-se em situação de equilíbrio processual; (iv) regra da publicidade dos atos processuais; (v) a defesa deverá manifestar-se após a acusação; (vi) incumbe à acusação e à defesa a produção das provas para a comprovação dos fatos que alegam, sendo uma exceção ao juiz produzir provas de ofício (*ex officio*); (vii) como regra presume-se a inocência do réu, por isso deverá responder todo o processo em liberdade, salvo se ocorrerem motivos extremamente justificados à decretação de sua prisão cautelar (AVENA, 2014, p. 53).

Por sua vez, o sistema inquisitório tem sua pureza em um modelo histórico, vez que até o século XII predominava o sistema acusatório, não existindo processo sem acusador legítimo e idôneo, no entanto, diante das transformações que ocorreram ao longo do século XII até o XIV, o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório (LOPES JR, 2016, p. 46).

De acordo com Norberto Avena (2014, p. 52-53), esse é um sistema típico dos regimes ditatoriais, destacando-se como características: (i) o juiz pode exercer as funções de acusar, defender e julgar; (ii) o acusado não possui garantias ao contraditório e ampla defesa; (iii) não há isonomia processual, por não haver paridade de armas; (iv) como regra, os atos processuais são sigilosos, possuindo o juiz discricionariedade para

impô-los, independentemente de fundamentação; (v) não é assegurado à defesa o direito de se manifestar quanto aos elementos que a acusação trazer ao processo; (vi) o juiz possui ampla liberdade para produção de provas, normalmente substituindo às partes nesta função; (vii) presume-se a culpa do acusado e a decretação da prisão provisória é bastante simples e corriqueira.

Por fim, o sistema misto, cuja origem histórica remonta suas raízes na Revolução Francesa (1789) e como marco legal o Código Napoleônico de 1804, possui as seguintes características fundante: (i) há divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, entretanto, ao juiz ainda é lícito substituir às partes; (ii) há contraditório e o direito à ampla defesa é garantido somente na fase judicial; (iii) há isonomia processual, mas relativizada, pois em alguns casos ocorrem privilégios processuais; (iv) os atos processuais são públicos, no entanto, eventualmente, poderão ser praticados em segredo de justiça; (v) à defesa deve manifestar-se sempre após a acusação; (vi) incumbe às partes a produção de provas quanto aos fatos que alegam, sendo que, infelizmente, o julgador também possui essa liberdade, podendo, inclusive, substituir as partes nesta função sempre que julgar necessário, adequado e proporcional; (vii) não se presume a culpa, embora isto não signifique, necessariamente, que haja uma presunção de inocência, mas, mesmo assim, o ré deverá responder o processo em liberdade, não obstante, admita-se a sua segregação provisória (AVENA, 2014, p. 53).

Objetivando concluir as ilações deste primeiro capítulo, levando em consideração que estão intimamente interligados com o segundo capítulo, tem-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 modificou consideravelmente as diretrizes do processo penal brasileiro, devido à introdução de princípios e garantias de caráter democrático e acusatório, principalmente ao vedar, no Brasil, a iniciativa em processo penal, em crimes sujeitos a ação penal de iniciativa pública, salvo ao Ministério Público, ou então, excepcionalmente, ao próprio ofendido, conforme disciplina, respectivamente, os artigos 129, I e 5º, LIX da CF (PRADO, 2006, p.173).

Logo, para evitar se estender ainda mais, percebe-se que a temática sobre o sistema processual penal é uma matéria muito controvertida e complexa, porém, tem-se que na Constituição Federal está clara a opção pelo sistema acusatório, especialmente nos dispositivos da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX); as garantias da isonomia processual (art. 5º, I); juiz natural (art. 5º, XXXVII e LII); devido processo legal (art. 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII) e outros (AVENA, 2014, p. 54).

De outra forma, tem-se que a alma do Código de Processo Penal, desde seu nascedouro, é predominantemente inquisitiva, no entanto, conforme aponta Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 73), foram realizadas diversas reformas desde 1941, amenizando a intensidade das características inquisitivas e conferindo-lhe nuances do sistema acusatório, mas sem jamais transformá-lo em um sistema puro.

Desta forma, segue alguns traços inquisitoriais ainda presentes no Código de Processo Penal, a saber: permitir ao juiz, agindo de ofício, converter a prisão em flagrante em preventiva (art. 310); decretar a prisão preventiva de ofício no curso da ação penal (art. 311); determinar de ofício uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (127), ouvir testemunhas além das indicadas (art. 209), proceder ao reinterrogatório do acusado a qualquer tempo (art. 196); determinar diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, I e II); reconhecer agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385); condenar o réu, ainda que a parte acusatória tenha postulado a absolvição (art. 385); alterar a classificação jurídica do fato (art. 383) e outros (LOPES JR, 2016, p. 53-54).

Por derradeiro, imperioso ressaltar as considerações do mestre Eugênio Raúl Zaffaroni (1940?, p. 29-31), ao comentar sobre *“El poder punitivo y La verticalización social”* e considerar que *“El poder punitivo redujo a la persona com El hueso roto a um mero dato, porque no toma parte em La decisión punitivo Del conflicto”*, pois o *“modelo punitivo no es um modelo de solución de conflictos, sino de decisión vertical de poder”*, sendo justamente por isso que *“aparece em las sociedades cuando estas verticalizan jerárquicamente”*, em contraponto *“El modelo reparador es de solución horizontal e el punitivo de decisión vertical”*.

2.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

Soma-se as considerações acima positivadas que é unanime, na doutrina e nos recentes precedentes jurisprudenciais, que as normas (princípios e regras) aplicáveis ao direito penal são utilizadas como uma limitação do poder punitivo estatal em face das vulnerabilidades dos indivíduos, o que, por si só, já demonstra uma clara posição democrática e constitucional do processo penal brasileiro, principalmente diante da nova ordem jurídica consagrada pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse diapasão, com o escopo de facilitar a compreensão, bem como não se estender muito no presente texto, levando-se em consideração as limitações e objetivos de um artigo científico, vamos analisar alguns dos principais princípios aplicáveis no direito penal e processual.

Como haveria de ser, iniciamos pela dignidade da pessoa humana, consagrada de forma expressa no artigo 1º, inciso III da Constituição Cidadã de 1988, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e que também está presente no Estatuto (Carta) da Organização das Nações Unidas de 1945, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, entre outros documentos nacionais e internacionais (GONÇALVES FERNANDES, 2011, p. 230).

Para Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 127-128) o princípio da humanidade, no que tange ao direito penal *“é o maior entrave para adoção da pena capital e da prisão perpétua”*, no sentido de que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana, como a *“proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos no interrogatório policial e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária”* de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados.

Da mesma forma, tal princípio também é assegurado no artigo 5º, incisos XLIX e XLVII, alínea “e” da Constituição Federal, ao dispor que aos presos é garantido *“o respeito à integridade física e moral”* e que não haverá penas cruéis, bem como, está intimamente relacionado ao princípio da presunção de não culpabilidade, este que, infelizmente, vem sendo constantemente desrespeitado no Brasil, inclusive pelo Tribunal Constitucional.

Para Damásio de Jesus (2012, p. 51), o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e o artigo 1º do Código Penal, consagram o princípio da legalidade ou da reserva legal, nos seguintes termos: *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*.

Igualmente, de acordo com Pedro Lenza (2014, p. 1.117), tais dispositivos consagram de uma só vez os princípios da legalidade ou da reserva legal, bem como o princípio da anterioridade penal, acrescentando-se o inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal, no sentido de consagrar a irretroatividade da lei penal *in pejus* e reconhecer a retroatividade quando a lei for mais benéfica, vez que *“a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*.

Por sua vez, considerando a gravidade, direta e indireta, que a persecução penal acarreta aos envolvidos, o princípio da intervenção mínima ou da *última ratio* procura restringir ou até mesmo impedir o arbítrio do Poder Legislativo, ao buscar evitar a definição desnecessária de condutas tidas como típicas, bem como busca reprimir a imposição de pena injusta, desumana ou cruel, porquanto os fatos típicos devem obedecer necessariamente à imprescindibilidade, só devendo o Estado intervir, por intermédio do direito penal, quando todos os outros ramos do direito não conseguirem prevenir condutas ofensivas aos bens jurídicos indisponíveis (JESUS, 2012, p. 52).

Destarte, consoante Rogério Greco (2017, p. 97), o direito penal deve intervir o menos possível na sociedade, sendo utilizado apenas e tão somente quando os outros ramos do direito não forem capazes de proteger aqueles bens jurídicos indisponíveis ou de maior relevância, uma vez que *“é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do direito penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização”*.

Quanto ao princípio da fragmentariedade, entendido como a consequência dos princípios da reserva legal e da intervenção necessária ou mínima, conforme Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 100), tal norma protege os valores imprescindíveis à convivência harmônica em sociedade, não podendo ser utilizado como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos, vez que deve limitar-se a sancionar apenas e tão somente as condutas mais perniciosas praticadas em detrimento dos bens jurídicos mais relevantes e protegidos, isto é, o caráter fragmentário *“significa que o direito penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes”*.

Outro princípio limitador do poder punitivo estatal é o da adequação social, na medida em que a vida em sociedade impõe necessariamente alguns riscos que não podem ser sancionados pelo direito penal, tendo em vista que a sociedade precisa, por si só, conviver em harmonia, servindo como exemplos da periculosidade da convivência social o trânsito em grandes cidades, o transporte aéreo e a existência de usinas nucleares, porém, em que pese perigosas, *“são consideradas socialmente adequadas, e, por esta razão, fica afastada a interferência do Direito Penal sobre eles”* (GRECO, 2017, p. 106).

Destarte, tem-se o princípio da adequação social como uma regra geral de *“interpretação das normas incriminadoras e concretiza a ideia de que o tipo penal foi criado como forma de viabilizar a vida social e não como forma de mudar a vida*

social”, razão essa pela qual, quando acontecer uma modificação social relevante, determinando que certo comportamento penalmente reprovado possa ser socialmente aceito, não se justifica, assim, a intervenção criminal (JAPIASSÚ e SOUZA, 2015, Capítulo V).

Ademais, também é uníssono que o princípio da ofensividade e da lesividade ou da alteridade são reconhecidos como limitadores do poder punitivo estatal, no sentido de que o direito penal somente deve ser aplicado quando a conduta possua qualidade para ofender um bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora, não sendo suficiente que seja apenas imoral ou pecaminosa. De acordo com Damásio de Jesus (2012, p. 52), a Constituição Federal prevê no artigo 98, inciso I, as infrações penais que serão consideradas como de menor potencial ofensivo, procedimento regulado pela Lei n.º 9.099/1995.

Para Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 112), o princípio da ofensividade tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em pelo menos dois planos, a saber: 1º) servir como orientação para o Poder Legislativo; e, 2º) servir de critério interpretativo, no sentido de constranger o intérprete a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade. Nesse sentido, também há o reconhecimento da atipicidade material das condutas pelo princípio da insignificância ou da bagatela.

Do mesmo modo, a Constituição Cidadã também vedou qualquer possibilidade de se estabelecer qualquer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, como corolário do princípio da igualdade, conforme previsão expressa no artigo 12, parágrafo segundo. Além disso, o artigo 5º, *Caput* consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza – igualdade formal. Porém, conforme adverte Pedro Lenza (2014, p. 1.072), não se deve buscar apenas e tão somente a igualdade formal consagrada pelo liberalismo clássico, mas principalmente a igualdade material dispostas em diversos diplomas internacionais e em alguns dispositivos constitucionais.

Assim, o princípio da isonomia, no sentido material e formal, é reconhecido pelo clássico jargão de “*dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades*” (NERY JÚNIOR, 1999, p. 42).

O princípio da proporcionalidade, considerado uma grande conquista do constitucionalismo moderno, aplicável ao direito penal e processual em diversos dispositivos constitucionais, principalmente na individualização da pena, proibição de determinadas modalidades de sanções criminais e admissão de maior gravidade aquelas

condutas típicas que são consideradas mais graves, respectivamente os incisos XLVI, XLVII, XLVIII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal, na medida em que dispõe que deve haver uma proporcionalidade entre a gravidade do delito praticado com a sanção a ser aplicada (BITENCOURT, 2012, p. 120).

Por sua vez, imperioso ressaltar que Rogério Sanches Cunha (2013, p. 95) reconhece seu desdobramento na individualização da pena, na medida em que a sanção penal deve cumprir sua função apenas e tão somente quando ocorrer efetiva relevância do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, levando em consideração as condições pessoais do agente.

Adverte-se, não é fácil aplicar o princípio da proporcionalidade no direito penal, principalmente diante da quantidade imensa de infrações penais tipificadas, por isso, para evitar chegar-se ao disposto na lei de talião (olho por olho, dente por dente), o Poder Legislativo deve observar o princípio da dignidade da pessoa humana ao criar os fatos típicos, vez que é um *“ pilar indispensável em uma sociedade na qual se tem em mira a dignidade da pessoa humana ”* (GRECO, 2017, p. 126).

Logo, ao levar em consideração o exposto no primeiro capítulo sobre os sistemas processuais penais, acrescido do disposto no segundo capítulo acerca dos princípios limitadores do poder punitivo estatal, não restam dúvidas que a Constituição da República Federativa do Brasil optou por um sistema de persecução penal mais democrático, respeitando todas as garantias dos acusado, bem como uma clara separação das funções processuais e, principalmente, tratando os envolvidos como sujeitos de direito e não como mero objeto, assim, consagra-se, indubitavelmente, um sistema, em seu núcleo, acusatório, em que pese, infelizmente, existir diversos dispositivos inquisitivos na atual legislação penal.

Por fim, cabe ressaltar que os princípios trabalhados no presente capítulo são apenas e tão somente exemplificativos, na medida em que existem diversos outros aplicáveis ao direito penal e processual, servindo, de igual modo, como limitadores do poder punitivo estatal, naquela clássica visão da verticalização do poder - da norma que parte de cima para baixo, ou seja, é elaborada pelo Poder Legislativo e aplicado em certa parcela da sociedade, conforme demonstrado por inúmeros doutrinadores e pesquisadores que trabalham com o tema da seletividade penal.

2.3 DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL

Finalmente entrando do ponto nevrálgico do presente artigo científico, tem-se que, consoante exposto acerca dos sistemas processuais, analisar o sentido etimológico da palavra garantismo é medida que se impõe. Assim, segundo o Dicionário *Online* de Português, disponível em: <<https://www.dicio.com.br/garantismo/>>, “*significa o cuidado em observar os direitos dos réus*”.

Da simples leitura do conceito acima positivado, se extrai o entendimento majoritário, no sentido de que o garantismo penal somente é aplicado aos acusados, bem como também é divulgado nos principais veículos de comunicação, diga-se de passagem, de forma totalmente equivocada, como se passa a analisar.

Nesse contexto, para aqueles que não querem aprofundar muito os estudos, mas mesmo assim deveriam preocupar-se com o mínimo de precauções acerca das fontes, dos termos, do alcance e do próprio sentido de suas publicações, tendo em vista que, na maioria das vezes, influenciam multidões, o acesso à informação correta está disponível mediante simples consulta aos mais variados meios de pesquisa digitais existentes. Por exemplo, ao colocar o termo “garantismo” e “dicionário”, aparecem milhares de conceitos diferentes daquele que são, infelizmente, utilizados pelos comunicadores brasileiros.

Nesse diapasão, embora com algumas imperfeições que serão demonstradas abaixo, mas mesmo assim muito mais completo que o utilizado majoritariamente e erroneamente, o primeiro conceito que apareceu ao presente signatário foi:

O garantismo penal é a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, mesmo que contra os interesses da maioria, evitando, assim, as arbitrariedades dos castigos, das proibições e dos processos, mediante a imposição de regras iguais para todos e em respeito à dignidade da pessoa humana (Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6410/Garantismo-penal-ameacado-Uma-abordagem-sobre-o-clamor-publico-gerado-pela-midia-e-sua-influencia-na-garantia-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em 28/10/2018).

Porém, de acordo com Rogério Greco (2017, p. 9), a teoria do garantismo penal propõe estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção do direito penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais consagrados como direitos constitucionais fundamentais.

Nesse passo, em um Estado Democrático de Direito, o garantismo é entendido como “*aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos os poderes*

na tutela dos direitos de todos, representa o único remédio para os poderes selvagens”, distinguindo as garantias em duas classes: as primárias que “*são os limites e vínculos normativos – ou seja, as proibições e obrigações, formais e substanciais – impostos, tutela dos direitos, ao exercício de qualquer poder*”; e, por outro lado, as garantias secundárias “*são as diversas formas de reparação – a anulabilidade dos atos inválidos e a responsabilidade pelos atos ilícitos – subsequentes às violações das garantias primárias*” (GRECO, 2017, p. 9).

De acordo com Aury Lopes Júnior (2016, p. 732), o garantismo “*seria assim um sistema de limite, de constrangimento à evidência, na medida em que a submete ao tempo do processo, com suas etapas de investigação, acusação, defesa e decisão*”, servindo para evitar juízos imediatos, realizados cedo demais e contaminados pela emoção e pelo sentimento de vingança.

De igual modo, ao analisar a obra base da teoria do garantismo penal, direito e razão de Luigi Ferrajoli (2002, p. 29), temos que os princípios trabalhados no segundo capítulo do presente artigo, formam em seu conjunto um sistema coerente e unitário, o qual depende “*do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal*”, orientado a assegurar o respeito dos sistemas apresentados no primeiro capítulo, “*o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade*”.

Da mesma forma que o exposto no segundo capítulo, conforme Luigi Ferrajoli (2002, p.74-75), o garantismo penal possui 10 (dez) axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, a saber: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine judico*; A8 *Nullum judicium sine accusatione*; A9 *Nulla acusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*.

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 75), “*denomino estes princípios, ademais de garantias penais e processuais por eles expressas*”, sendo respectivamente: A1 – princípio da retributividade ou da consequência da pena em relação à infração penal; A2 – princípio da legalidade; A3 – princípio da necessidade ou da economia do direito penal; A4 – princípio da lesividade ou da ofensividade; A5 – princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; A6 – princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; A7 – princípio da jurisdicionariedade; A8 – princípio acusatório ou de

separação entre juiz, acusação e defesa; A9 – princípio do ônus da prova ou da verificação; A10 – princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Ainda, cabe ressaltar que o garantismo penal, segundo Luigi Ferrajoli (2002, p. 684) possui três significados, a saber: *“designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’”* do Sistema Garantista do próprio Estado Democrático de Direito, no sentido de que no *“plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”*.

Por derradeiro, ante o exposto, resta desconstruída a ideia de garantismo penal utilizada em grande parte dos veículos de comunicação, porém, mesmo desta forma, cabe salientar que *“a coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema de garantias”*, principalmente diante do conhecimento popular de aplicabilidade dos direitos humanos, conseqüentemente das garantias constitucionais e logicamente do garantismo penal, apenas e tão somente aos ‘bandidos’ (FERRAJOLI, 2002, p. 752).

Desta forma, temos que o garantismo penal é aplicado de forma integral, seja para acusados de infrações as normas penais, seja para vítima, ou então, seja para qualquer outro cidadão ou até mesmo para a própria sociedade como um todo, inclusive cabe ressaltar que *“estes processos, essas lutas, não se exaurem em ações individuais. Ao contrário, são, sobretudo, processos e lutas coletivas, expressas pelos movimentos de massa ou, ainda, por todo o povo”* (FERRAJOLI, 2002, p. 756).

3 MÉTODO

Para a melhor resposta acerca dos limites e diretrizes da aplicabilidade da teoria do garantismo penal no Brasil, restou utilizado no presente artigo científico, como instrumento de pesquisa, breve análise e comparação das normas, conceitos e teorias relacionadas ao tema proposto, mediante observação, consulta e interpretação do posicionamento doutrinário e jurisprudencial do instituto, utilizando para tanto consultas a livros, páginas da *internet*, legislação, doutrina e decisões judiciais aplicáveis à espécie. Para tanto, adotou-se como método de raciocínio o dedutivo, pois

partiu-se dos sistemas processuais existentes à aplicabilidade da teoria do garantismo penal de forma integral.

4 DISCUSSÃO

De acordo com o exposto na fundamentação teórica exarada supra, a principal discussão a ser otimizada seria o que é o garantismo penal, em que hipóteses é aplicada tal teoria, qual são seus objetivos, seus sujeitos e quem são seus beneficiados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a devida análise da teoria do garantismo penal, deve-se levar em consideração, primeiramente, a interferência que o Estado tem na vida das pessoas, bem como a verticalização do poder punitivo estatal, tendo em vista que apenas e tão somente o Estado possui competência para regular, aplicar e executar o direito penal, sendo que ao mesmo tempo, deveria garantir todos os meios de defesa para preservar a liberdade individual do acusado. Por tais razões não se deve analisar o processo penal como apenas um instrumento técnico, teórico, refletido por valores políticos e ideológicos, mas sim como um espelho histórico de determinado período.

Nesse contexto, percebe-se que no direito penal alternam-se as mais duras opressões com as mais amplas liberdades, no sentido de que predomina o sistema acusatório quando o Estado respeita as liberdades individuais dos cidadãos e possui uma base sólida fundada na democracia, por sua vez, ocorre o contrário no Estado autoritário, no qual predomina o sistema inquisitivo, baseado em uma maior repressão estatal em detrimento dos direitos individuais.

Deste modo, ao constatarmos que no Brasil predomina o núcleo acusatório na Constituição Federal, em que pese alguns dispositivos inquisitivos ainda existentes na legislação penal, temos como garantias diversas normas (princípios e regras) que limitam o poder punitivo estatal, buscando proteger os cidadãos que sempre são considerados vulneráveis perante o Estado.

Com efeito, a teoria do garantismo penal, ao contrário do entendimento comum e vulgar, não é aplicada apenas ao cidadão que comete um fato típico para o direito penal, ela é aplicada a todos, sem nenhuma distinção, inclusive para aqueles que têm uma vida extremamente proba, tendo em vista que mesmo, assim, eles ainda estão,

eventualmente, sujeitos a qualquer persecução penal, sobretudo em momentos de grave crise econômica, comercial e social que passamos.

Portanto, tem-se, sem sombras de dúvidas, que o garantismo penal é integral, aplicável a todos de forma indistinta, no sentido de limitar o poder punitivo estatal e a verticalização das normas estatais, levando em consideração a vulnerabilidade de todos perante o Estado.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 126.292/SP**. Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

DICIO. **Dicionário Online de Português**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/garantismo/>>. Acesso em 28/10/2018.

DIREITONET. **Dicionário jurídico**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/>>. Acesso em 28/10/2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNADES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Online de Português**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

FGV DIREITO SP. **Relatório ICJBrasil**, 1º semestre de 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/RelatorioICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral, volume I**. 19ª Ed. Niterói: Impetus, 2017.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; e, SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Curso de direito penal: parte geral**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo Penal**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **La cuestión criminal**. Argentina: Revan, [1940?].