



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

ENRICO MARQUESINI REIGOTA

GARANTISMO PENAL E A IMPUNIDADE NO BRASIL

ASSIS/SP

2020



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

ENRICO MARQUESINI REIGOTA

GARANTISMO PENAL E A IMPUNIDADE NO BRASIL

Trabalho apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando: Enrico Marquesini Reigota

Orientadora: Esp. Aline Silvério Paiva

ASSIS/SP

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

R361m REIGOTA, Enrico Marquesini
Garantismo penal e a impunidade no Brasil / Enrico Marquesini Reigota.
- Assis, 2020.

114p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do
Município de Assis-FEMA

Orientadora: Esp. Aline Silvério Paiva Tertuliano da Silva

1.Filosofia-direito 2.Impunidade 3.Garantismo-penal

CDD 340.19

GARANTISMO PENAL E IMPUNIDADE NO BRASIL

ENRICO MARQUESINI REIGOTA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientadora: _____
Esp. Aline Silvério Paiva Tertuliano da Silva

Examinadora: _____
Dra. Maria Angélica Lacerda Marin

ASSIS/SP

2020

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao sofrido povo brasileiro, em especial, àqueles que sentem o sangue da justiça correr em suas veias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo carinho com o qual pavimentaram minha trajetória até aqui;

Agradeço à minha orientadora, a brilhante professora Aline Silvério Paiva, e ao meu orientador honorário, professor mestre Luciano Tertuliano da Silva;

Agradeço à minha namorada, Jhefiny, que me deu muito amor e compreensão neste longo período de pesquisa;

Agradeço aos meus amigos de faculdade, Juan, Maikon, Lucas Fiori e Lucas Mota, que me incentivaram a realizar este trabalho;

Agradeço à instituição FEMA e aos docentes do curso de Direito.

A injustiça num lugar qualquer é uma ameaça
à justiça em todo o lugar.

Martin Luther King Jr. (1929 -1968)

Garantismo não pode ser garantia da não
punição.

Luís Roberto Barroso

RESUMO

O presente trabalho busca expor, analisar e comparar correntes filosóficas e teorias do direito com o intuito de apresentar a teoria do garantismo penal, que sofre constantes manipulações no Brasil, tornando-se um mecanismo de impunidade, em especial, perante a Suprema Corte brasileira. Com isso, busca-se apontar possíveis inconsistências deste sistema e trazer questionamentos sobre sua aplicação no país, sua imbução no ordenamento jurídico brasileiro e seus perigosos efeitos sobre a sociedade. Ademais, pretende-se introduzir os conceitos do chamado garantismo penal integral, com o intuito de trazer uma visão mais equilibrada sobre o processo penal. A pesquisa conta com vasta bibliografia jusfilosófica, análises de casos criminais e dados estatísticos.

Palavras-chave: Garantismo; Impunidade; Manipulação.

ABSTRACT

The present work seeks to expose, analyze and compare philosophical currents and theories of law in order to present the theory of penal guarantee, which has been constantly manipulated in Brazil, becoming a mechanism of impunity, mainly before the Brazilian Supreme Court. With this, we seek to point out possible inconsistencies in this system and raise questions about its application in the country, its insertion in the Brazilian legal system and its deleterious effects on society. In addition, it seeks to introduce the concepts of the so-called full criminal guarantee, in order to bring a more balanced view of the criminal process. The research has a vast jusphilosophy bibliography, analysis of criminal cases and statistical data.

Keywords: Guarantee; Impunity; Manipulation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<i>ADC</i>	<i>Ação Declaratória de Constitucionalidade</i>
<i>CF</i>	Constituição Federal
<i>CONAMP</i>	Conselho Nacional do Ministério Público
<i>COAF</i>	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
<i>CP</i>	Código Penal
<i>CPP</i>	Código de Processo Penal
<i>FGV</i>	Fundação Getúlio Vargas
<i>MP</i>	Ministério Público
<i>MPF</i>	Ministério Público Federal
<i>MDA</i>	Movimento Direito Alternativo
<i>MDB</i>	Movimento Democrático Brasileiro
<i>OCDE</i>	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
<i>PEC</i>	Proposta de Emenda à Constituição
<i>PL</i>	Projeto de Lei
<i>PSDB</i>	Partido da Social Democracia Brasileira
<i>ROTA</i>	Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar
<i>STF</i>	Supremo Tribunal Federal
<i>SG</i>	Sistema Garantista
<i>STJ</i>	Superior Tribunal de Justiça
<i>UIF</i>	Unidade de Inteligência Financeira

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. DIREITO PENAL BÍBLICO E A EVOLUÇÃO DA JUSFILOSOFIA: DAS TREVAS ÀS LUZES.....	14
1.1 DA CONCEPÇÃO BÍBLICA DA ORIGEM DA VIDA AO PRIMEIRO PECADO	14
1.2 EFEITOS PENAIIS DO PRIMEIRO PECADO.....	16
1.3 DO PRIMEIRO PECADO AO PRIMEIRO CRIME	19
1.4 EFEITOS PENAIIS DO PRIMEIRO CRIME.....	20
1.5 A FILOSOFIA CRISTÃ NA IDADE MÉDIA	22
1.5.1 A DOCTRINA TOMISTA.....	24
1.6 LUZES SOBRE O DIREITO E LIBERDADE	26
2. TEORIA DO GARANTISMO PENAL: FUNDAMENTOS, AXIOMAS E COMPARAÇÃO	29
2.1 O SURGIMENTO, AS BASES DO GARANTISMO PENAL E O DEBATE SOBRE A MORALIDADE.....	29
2.2 OS DEZ AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL, POR FERRAJOLI	36
2.3 COMPARAÇÃO: GARANTISMO E OUTRAS LUZES POSITIVISTAS.....	41
2.3.1 GARANTISMO E A TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	42
2.3.2 GARANTISMO E O CONCEITO DE DIREITO EM HART	45
3. FALÁCIA, IMPUNIDADE E BARBÁRIE: O GARANTISMO À BRASILEIRA.....	49
3.1 O MOVIMENTO DIREITO ALTERNATIVO E OS PSEUDOGARANTISTAS	49
3.2 FALÁCIA DO ESPANTALHO: A DEMONIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	53
3.3 ABOLICIONISMO E PUNITIVISMO: GARANTISMO PARA QUEM?.....	57
3.4 A MORTE COMO LEVANTE DOS DESAFORTUNADOS: BANDIDOLATRIA E COITADISMO	63
3.5 REVOLTA POPULAR E DESUMANIZAÇÃO: DA INDIGNAÇÃO À BARBÁRIE	67
3.6 O PREÇO DA IMPUNIDADE: QUEM POUPA O LOBO, CONDENA AS OVELHAS E BANALIZA O MAL	71
4. A MANIPULAÇÃO DO GARANTISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	74
4.1 O PAPEL DA CORTE E O DELEITE DO FORO PRIVILEGIADO	75
4.2 A DISCUSSÃO SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.....	79
4.3 RECURSOS <i>AD INFINITUM</i> : PROTELAÇÃO	84

4.4 PRESCRIÇÃO: SOMBRA SOBRE A JUSTIÇA	87
4.5 DECISÕES MONOCRÁTICAS E ATIVISMO JUDICIAL	91
5. O SUSPIRO DA VIRTUDE: GARANTISMO INTEGRAL	97
5.1 PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL E O PORQUÊ DO TERMO GARANTISMO PENAL INTEGRAL.....	98
5.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INEFICIENTE: GARANTISMO POSITIVO	101
5.3 ASCENSÃO DA JUSTIÇA COMO APRIMORAMENTO SOCIAL.....	105
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	107
REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

Quando se pensa na justiça penal brasileira, não há como deixar de reconhecer sua grande crise de legitimidade, pois a morosidade, a sensação de impunidade e a ineficácia das sanções inauguram um descrédito generalizado.

A sociedade clama por justiça de fato, anseia a proteção eficaz dos seus bens jurídicos e acompanha desanimadamente os rumos que grande parte da doutrina, jurisprudência e dos poderes da república vêm tomando, corroborando para a expansão da impunidade.

Não obstante, a impunidade é ainda mais dolorosa quando o agente criminoso detém grande poder econômico e vasta influência política, os conhecidos como criminosos de colarinho branco.

A revolta popular banha as ruas de sangue e a impenitência atormenta os corações enfraquecidos do povo brasileiro. A barbárie se instala à medida em que o Estado deixa um vácuo de poder, permitindo que uma corrente manipuladora desvirtue ideais garantistas, explore pontuais inconsistências e adentre nas lacunas do nosso ordenamento jurídico, colocando sob seu domínio a lei e os valores de nossas normas penais.

Por décadas o direito penal vem se modificando, positiva ou negativamente, através das mais vastas doutrinas já observadas ao longo da história. As teorias servem de base para a organização dos sistemas penais, e, quando uma delas é manipulada, coloca-se em xeque sua credibilidade.

Não obstante, o criminoso, no contexto atual, é agraciado, muitas vezes, pela displicência de nosso sistema penal e, acima de tudo, por uma hermenêutica excessivamente relativista, aplicada, muitas vezes, através de uma retórica sofista, que manipula princípios garantistas e transforma-os em mecanismos de impunidade, o que enfraquece a capacidade do Estado de dar uma resposta à vítima que teve seu bem jurídico lesado, enfraquecendo os verdadeiros postulados de um Sistema Garantista. É necessário percorrermos o caminho que nos trouxe a este cenário.

1. DIREITO PENAL BÍBLICO E A EVOLUÇÃO DA JUSFILOSOFIA: DAS TREVAS ÀS LUZES

Para que possamos iniciar os estudos sobre os crimes e as teorias acerca do direito, é importante desenvolver um questionamento sobre o surgimento dos delitos e como eles eram vistos à luz do pensamento que precedeu a filosofia moderna. Com os relatos bíblicos acerca da origem da vida até o primeiro desvio de conduta humano, é possível fazer uma reflexão pouco comum, porém interessante neste sentido.

Além disso, é necessário analisar brevemente a evolução da *jusfilosofia*, a partir dos pensamentos cristãos, para que se possa, adiante, entender melhor os ideais garantistas de liberdade, enraizados filosoficamente pelo iluminismo - o acender de luzes sobre as trevas - que é base do pensamento *ferrajoliano* que concebeu a teoria do garantismo penal.

1.1 DA CONCEPÇÃO BÍBLICA DA ORIGEM DA VIDA AO PRIMEIRO PECADO

A doutrina do cristianismo traz à origem da vida - através dos relatos bíblicos - um sentido metafísico e histórico. De certa forma, não palpável, mas cativante e redigido com palavras marcantes e acolhedoras.

Diante dos relatos, esbarramos com a criação da raça humana, logo no início. A bíblia nos diz que o homem surgiu do pó da terra, tomando fôlego com o sopro da vida.

Para que o homem pudesse ocupar e usufruir, foi plantado, então, um jardim, o chamado jardim do Éden, onde vastas árvores brotaram ao solo, uma delas, em especial, a árvore da ciência do bem e do mal. Com a provação da árvore, Deus proveu o questionamento e entregou a liberdade nas mãos humanas,

assim como ele também era livre para criar, como dito em Gênesis: “Façamos o homem à nossa imagem e semelhança”¹

Deus determinou que ao homem fosse dado o direito de cuidar e lavrar o jardim. Determinou também que, ao homem, fosse dado o prazer de comer livremente os frutos de todas as árvores dali, mas da árvore da ciência do bem e do mal, dela o homem não poderia comer, porque no dia em que o fruto dela o homem comesse, certamente morreria.

Se está diante da origem meta-histórica do direito penal, pois, como pode-se observar - nesta passagem - há a tipificação de uma conduta delitiva e uma sanção que seria aplicada caso nela o homem incorresse. Foi, biblicamente, a primeira vez em que a humanidade se deparou com a limitação de sua liberdade.

Deus, com sua grandiosidade e senso de justiça de mais poderoso magistrado e legislador, para os cristãos, estipulou regras para o convívio humano, que uma vez descumpridas, trariam uma punição severa. Eis o cerne da postura filosófica cristã que visitaremos a seguir.

Seguindo com os relatos, podemos observar a firmação do primeiro desvio de conduta da meta-história do mundo, quando Eva, a mulher de Adão, caiu na tentação da astuta serpente do mal, que a induziu a comer e dividir com Adão o fruto da árvore proibida.

A atitude de Eva, sob a perspectiva das faculdades da alma, ensinadas por Aristóteles², foi um conjunto das três acepções da sensibilidade que o filósofo pós-socrático entrega. São elas: a audição do que se ouve (a tentação da serpente), a visão da cor que se vê (o fruto proibido) e, por fim, o tato (a contemplação do que se pretende).

Tal conduta foi severamente punida por Deus, que os expulsou do jardim do Éden e descarregou neles sua ira e insatisfação, os tornando imperfeitos,

¹ **A Bíblia Sagrada**. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida. 4a ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009. *Gen. 1:26*.

² ARISTÓTELES, **Sobre a alma**; Tradução de Ana Maria Lóio. - Portugal: Biblioteca dos Autores, 2010, p. 80.

condenando-os a viver por suas contas e riscos, fora do mundo perfeito idealizado por ele.

Diante disso, pode-se afirmar que, para a meta-história do direito penal, esta foi a primeira experiência da vida humana com a imposição de regras (leis) e o descumprimento delas, que geraram punições (sanções), através da decisão de um “magistrado” (Deus).

1.2 EFEITOS PENAIS DO PRIMEIRO PECADO

Foi a partir do primeiro pecado que ao homem foi revelada a sua capacidade de tomar decisões. Mesmo que imperfeita, a decisão que levou ao primeiro pecado foi livre. Deus não limitou o homem ao primitivismo irracional, pois a definição de humanidade carrega um apêndice chamado pensamento.

Eva, em sua mente, manipulou pensamentos que a levaram a tomar a decisão de comer o fruto e o dar a Adão. Mesmo induzida pela serpente, Eva ponderou o que Deus havia dito e o que ouviu da tentação e mesmo assim tomou a decisão que incorreria em uma punição, em detrimento da perfeição da vida humana.

Como consequência do primeiro pecado, que escorreu pela humanidade, a morte se insere na história do homem, a chamada morte penal, que ocorreu pela perda dos benefícios divinos que dela preservava. A terra vasta e fértil, a felicidade e o amor incondicional, a paz irrestrita e o bem-estar divino foram retirados.

Neste sentido, o filósofo e procurador de justiça Gilberto Callado de Oliveira observa: “Eis que o mundo reconhece a natureza da primeira pena: privar alguém, por culpa sua, de algum benefício que lhe fora dado”. (Conceito, 2019, p.24)

Para Santo Tomás de Aquino, conforme citado por Oliveira (Conceito, 2019, p. 24-25) esta privação do benefício divino, que preservava na humanidade a integridade da natureza humana, trouxe dois tipos de punições: A perda da inocência, do lugar do Paraíso da terra e todas as suas delícias, como mostram

as palavras do Gênesis: “E o senhor Deus lançou-se fora do paraíso de delícias e expulsou Adão, e pôs diante do paraíso de delícias Querubins brandindo uma espada de fogo”³ e; O sofrimento próprio da natureza raptada do benefício divino, no tocante ao corpo, por sua vulnerabilidade, sofrimento e morte, e quanto à alma, pelo motim da carne.

Mesmo tendo sofrido tais penas severas, Adão e Eva não perderam sua liberdade, permitindo, assim, que os homens dela desfrutassem e, com o discernimento também não retirado, pudessem se aprimorar e questionar as razões pelas quais tudo aconteceu – o que é feito neste momento. Será que a idealização externa e metafísica de uma existência perfeita seria realmente o ponto máximo da vida e felicidade humana, se não lhe fosse dada a liberdade? Seria, talvez, a felicidade plena um produto da total liberdade? O homem descobriu da pior forma a resposta para estas questões. A forja dos seres humanos, adiante, foi dura, tal qual a de uma espada de aço usada nas maiores e mais sangrentas guerras santas, no período das trevas, balizadas, efetivamente, pelos ideais deturpados de justiça retirados dos próprios relatos bíblicos mencionados.

Foi notado que a liberdade e a perfeição são antônimas, pois os seres humanos são originais. O pensamento, puro, é diferente de um para outro. É notório o antagonismo que essas definições ocupam. Idealizar a perfeição já é cercear a liberdade. Conceder liberdade já é abrir mão da perfeição. A liberdade, desta forma, era a exceção à perfeição. Como bem nota Marín, citado por Oliveira:

Deus criou o homem perfeitamente livre, e embora a absoluta e omnimoda liberdade exclui a possibilidade de pecado - tal é a liberdade de Deus e dos Bem-aventurados, que não podem pecar preciosamente porque são libérrimos e o pecado não é outra coisa senão um defeito e privação de liberdade -, a liberdade do homem viandante - enquanto permanece neste mundo - tem o triste privilégio de poder desviar-se para o mal, exatamente porque é uma liberdade imperfeita e tornadiça, que somente alcançará sua perfeição quando esteja definitivamente fixada no bem na pátria dos bem-aventurados. (*apud* OLIVEIRA, 2019, p. 24)

³ Op. Cit. 2009, *Gen.* 3:24.

Tratando da liberdade desta forma, Marín expõe que a verdadeira liberdade é inexistente, pois ela não permitiria a possibilidade de pecar. Ou seja, quando se peca, automaticamente se rompe a liberdade.

Noutro ponto de vista, Tomasevicius Filho, em publicação na revista da Faculdade de Direito da USP⁴, observando os conceitos que Santo Agostinho tinha de liberdade e levando em conta os pecados, traz:

Quando questionado sobre os impulsos que levam o ser humano a agir diferentemente do que gostaria de agir, Santo Agostinho sustenta que, embora o ser humano seja livre para pecar ou ter uma vida reta, essa "necessidade" de pecar vem do hábito. Diz o seguinte Agostinho: *O inimigo dominava o meu querer, e dele me forjava uma cadeia com que me apertava. Ora, a luxúria provém da vontade perversa; enquanto se serve a luxúria, contrai-se o hábito; e, se não se resiste a um hábito, origina-se uma necessidade. Era assim que, por uma espécie de anéis entrelaçados - por isso lhes chamei cadeia - me segurava em dura escravidão.* Santo Agostinho distingue, pois, o conceito de liberdade do conceito de livre-arbítrio. A liberdade "liberta", no sentido de que o ser humano se vê afastado do pecado, vivendo na graça divina, em oposição à escravidão, que consiste no atendimento das paixões. Já o livre-arbítrio é liberdade por excelência, porque é do seu exercício que o ser humano pode escolher em seguir uma vida reta ou pecaminosa. (2006, p. 1084).

O autor revela que Santo Agostinho reconhecia o conceito amplo de liberdade. No entanto, Agostinho não negava que o pecado vem do hábito e não necessariamente da liberdade. Dessa forma, ele diferencia os conceitos de liberdade - um *dever ser* de retidão inequívoca - e livre-arbítrio - um *ser* vulnerável e suscetível a erros e pecados.

Ou seja, há dois caminhos para se distinguir a liberdade e o livre-arbítrio, pois, a primeira, para Agostinho, é produto puro da perfeição, portanto, não admite, tampouco autoriza o pecado. O livre-arbítrio, por sua vez, rompe as definições de liberdade, porque rompe as de perfeição.

Em contraponto com os dizeres de Agostinho sintetizados por Tomasevicius (2006), Tomás de Aquino, filósofo medieval, argumenta que o livre-arbítrio não é pré-requisito para o pecado, ou seja, o ser humano pode se ver em pecado

⁴ TOMASEVICIUS FILHO, E. *O conceito de liberdade em Santo Agostinho.* in **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 101, p. 1079-1091, 1 jan. 2006.

mesmo sem que ele escolha isso⁵, pois pode estar alienado à paixões involuntárias.

Não obstante, para justificar tal afirmação, Aquino, em referência a Aristóteles, apregoa que os seres podem sentir-se irados ou temerosos de forma involuntária, sem o arbítrio racional. Assim, o filósofo questiona a diferença entre a movência humana pelas paixões⁶ e o uso da pura liberdade.

E foi ela, a liberdade, mecanismo do livre arbítrio, que nos trouxe, após o primeiro pecado, àquilo que podemos – de fato – chamar de crime. Ainda na visão meta-histórica da origem do direito penal, o primeiro crime veio pelas mãos mais próximas dos primeiros pecadores, seu próprio primogênito, Caim.

1.3 DO PRIMEIRO PECADO AO PRIMEIRO CRIME

Após o primeiro pecado, houve então aquilo que Santo Tomás de Aquino (*apud* OLIVEIRA, 2019) definiu como *vulneratio naturae* (ferimento da natureza). Sob um novo conceito de vida e liberdade, irradiados pelas atitudes de seus pais, Caim e Abel foram as figuras presentes naquilo que se pode definir como o primeiro crime que a meta-história da existência humana presenciou, o homicídio.

Os dois irmãos vieram ao mundo já livres, embora, por sanção divina, imperfeitos. Caim tinha um senso peculiar de seus dons, uma vez que ele os usava não em favor de Deus, mas, obrando o mal, preferia sucumbir às inclinações subversivas de seu espírito. Não obstante, Deus seguia o advertindo, com a ideia de que se Caim envergasse suas aspirações negativas e seus desejos não benignos, ao invés dele dominá-los, os pensamentos malignos, então, o fariam.

Nota-se, nesta passagem, um claro uso da liberdade. Ou seja: Adiantaria Deus advertir Caim se o filho de Adão não gozasse do poder de escolha e reflexão

⁵ AQUINO, Santo Tomás de. **Onze lições sobre a virtude**; Tradução de Tiago Tondinelli - Campinas: Ecclesiae, 2013, p. 57

⁶ Ibid. p, 58

acerca de seus pensamentos e atitudes? Sem dúvidas, de nada adiantaria. Dessa forma, pode-se afirmar que o desejo do pecado – e do crime – só poderia vencê-lo se ele cedesse de forma voluntária.

Abel, por sua vez, submeteu-se à vontade divina e, ao contrário de seu irmão, teve suas aspirações bem quistas por Deus.

Mesmo criados sob as mesmas perspectivas e os mesmos ambientes, os irmãos tinham um forte oposicionismo de postura e ideias. Uma vez contaminados pelo pecado que lhes sucedera, Caim e Abel possuíam tendências a importunações cujos efeitos seriam determinantes para as escolhas que fariam.

Borbulhou no coração de Caim o ódio, sentimento devorador da inocência, aquele que é o responsável – ao longo de toda a humanidade – pelos mais nefastos e reprováveis crimes.

Dessa forma, Caim exerceu a investida fratricida que deu fim à existência de seu bom irmão, Abel. A exteriorização de seu amor próprio, envelopado de ódio pelo irmão, revelou suas sórdidas intenções assassinas, vez que, para muitos, por trás de um crime, sempre há o amor.

No caso de Caim, o amor era o que ele tinha por si mesmo e sua atitude foi um reflexo – intrínseco – da inveja que ele tinha de seu irmão, porque Abel era mais próximo e mais temente a Deus do que ele. Como salienta Santo Agostinho (Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 119), “os maus invejam os bons”.

O pecado de Caim revela-se estranho ao pecado de seus pais, pois ele pecou, desta vez, não somente contra Deus, mas também contra o próximo e à sociedade, porque seu pecado, além de imoral, constituiu uma injustiça, um crime, o primeiro crime da meta-história do mundo.

1.4 EFEITOS PENAIIS DO PRIMEIRO CRIME

Depois do primeiro crime que a humanidade assistiu, veio então a segunda sanção penal – a primeira já havia sido a expulsão de Adão e Eva do Éden. Deus lançou uma maldição sobre Caim, que, segundo o Velho Testamento, recebeu os títulos de fugitivo e vagabundo⁷, passando a ficar isolado no mundo, marginalizado, assim como os criminosos contemporâneos.

A semelhança do fardo que Caim carregou e que os criminosos de hoje em dia carregam é inequívoca. Ironicamente, apesar de os crimes terem evoluído, seus efeitos práticos continuam os mesmos.

Ora, a partir do momento em que o delinquente é reconhecido, ele é isolado, taxado e acaba por refugiar-se da sociedade. Tanto para se eximir de culpa, quanto para se esconder das autoridades e evitar as sanções penais que lhe cabem, o criminoso passa a viver às margens da sociedade - o que define o conceito de *marginal* - e foi assim que Caim passou a viver.

Quando punido por Deus, juntamente com a sentença de banimento, o primogênito de Adão recebeu uma marca, não como parte da maldição citada outrora, mas para que aquele que o encontrasse, pudesse reconhecê-lo. Era a exposição do mau exemplo.

Apesar de hoje já desmistificada, a suposta marca imposta por Deus a Caim, infelizmente foi usada ao longo da história da humanidade para legitimar atos de escravidão, pois alguns doutrinadores bíblicos atribuíram tal marca à negritude da pele. Atos de crueldade foram alicerçados nesta passagem bíblica.

Outrossim, além de marginalizado, marcado e amaldiçoado por Deus, Caim também sofreu um efeito cascata sobre sua capacidade de resiliência, o que limitou sua redenção e retirou seu aprimoramento moral. Mais do que vagabundo, o fraticida passou a ser infrutífero, vez que Deus o impôs incapacidade de lavrar terras férteis e nelas produzir frutos.

Ou seja, por mais que Caim se esforçasse para se redimir, nada bastaria, porque seu destino foi suprimido por Deus e limitado às pobrezas da alma, posto que perdeu a conexão com o plano espiritual, do corpo, porque teve que

⁷ Op. Cit. 2009, *Gen.* 4:12.

sofrer uma vida de esforços exaustivos porém ineficazes, e da mente, por sua limitação no tocante à evolução intelectual.

Com efeito, a partir de todas essas sanções, conclui-se que a pena de Caim foi cumulativa. Ele teve direitos restritos e foi privado de sua liberdade. Ora, uma vez limitada a sua capacidade de evolução moral e espiritual, Caim passou a ter suas funções laborativas, sociais, civis e políticas restringidas. Além disso, passou a viver no cárcere de sua própria mente, prisioneiro de seu ato.

Após Caim, a meta-história bíblica apresentou vários outros agentes que cometeram erros, pecados, crimes e que sofreram punições tão ou mais severas quanto às do fratricida.

Séculos depois, a doutrina filosófica cristã, no período das trevas, passou a dogmatizar os estudos sobre os crimes e trabalhar no sentido de tentar entender os motivos, os efeitos e as nuances que pairam sobre o tema, do ponto de vista da Igreja.

1.5 A FILOSOFIA CRISTÃ NA IDADE MÉDIA

É vital que visitemos, porquanto, os pensamentos cristãos que buscavam entender o sentido das coisas, para que seja possível entender a ascensão do pensamento iluminista, raiz filosófica do garantismo, adiante, e a oposição dos ideais filosóficos que essas duas correntes ocupam.

De início, pode-se afirmar que a filosofia do direito se transformou ao longo dos séculos e os pensadores cristãos emergem, nesta linha temporal, como protagonistas do pensamento severo e punitivo. Muito depois dos relatos bíblicos acerca do primeiro crime, a Igreja, durante o período das trevas, passou a deter o monopólio do conhecimento e, conseqüentemente, da filosofia ocidental.

A Igreja detinha não só o domínio completo do pensamento filosófico, como também era a responsável pelo ordenamento jurídico da época, pois era a lei, o juiz e o próprio Estado.

Essa característica era cancelada por seus pensadores. Cristãos e ligados à igreja, Santo Tomás de Aquino, Santo Anselmo, Guilherme de Ockham e João Duns Escoto eram os precursores dos pensamentos filosóficos cristãos durante este período.

Os dois primeiros, com mais destaque e colaborações mais completas, serviram de base para a filosofia ocidental. Santo Tomás de Aquino e Santo Anselmo, assim como os outros, fizeram parte da escolástica, um movimento filosófico medieval que se desenvolveu durante o período das trevas.

O objetivo da escolástica, fundada majoritariamente na filosofia de Aristóteles, lastradas, adiante, pelos relatos bíblicos, representada – em especial - na figura de Tomás de Aquino, era expandir e criar uma hegemonia da doutrina cristã. Seu fundamento era a reflexão acerca da existência de Deus, os questionamentos sobre a alma, fé e razão.

Desta forma, o papel da razão era demonstrar e coordenar os mistérios da fé, que vinha da alma. Tomás de Aquino (Sulina, 1990) traz uma observação importante neste sentido em sua obra *Suma contra os gentios*:

Com efeito, existem a respeito de Deus verdades que ultrapassam totalmente as capacidades da razão humana. Uma delas é, por exemplo, que Deus é trino e uno. Ao contrário, existem verdades que podem ser atingidas pela razão: por exemplo, que Deus existe, que há um só Deus etc. Estas últimas verdades, os próprios filósofos as provaram por via demonstrativa, guiados que eram pelo lume da razão natural. (1990)

Além dos estudos sobre a fé e a razão, Tomás de Aquino e a escolástica trabalharam inclusive a virtude, sobretudo, também, na visão aristotélica, como se pode observar neste trecho da obra *Onze lições sobre a virtude* (Ecclesiae, 2013), onde Tomás de Aquino faz comentários ao segundo livro da *Ética* de Aristóteles:

O nascimento e o aumento das virtudes, com o passar do tempo, são produzidos por uma causa semelhante, e conseqüentemente operações contrárias a estas promovem a destruição das virtudes. Após serem criadas, as virtudes vão se constituindo e aumentando por meio dos mesmos atos geradores, e isso pode ser confirmado nos corpos, principalmente na utilização dos sentidos. (p.33).

Com efeito, os filósofos medievais buscavam sempre alicerçar seus pensamentos na fé cristã e agregar conhecimentos dos filósofos socráticos.

Portanto, é notório que os discursos deles sejam uma mistura de raízes filosóficas gregas com a metafísica bíblica e, por conseguinte, a doutrina cristã.

1.5.1 A DOUTRINA TOMISTA

É necessário iniciar um breve estudo acerca do que a escolástica pensava sobre os crimes. Antes disso, no entanto, é essencial salientar que, para essa doutrina, o crime é estudado à luz dos pecados. Além disso, cumpre dizer que Santo Tomás de Aquino foi o principal pensador em relação a este tema, dentro da escolástica, criando, desta forma, o que se entende por *doutrina tomista*.

De início, pode-se dizer que tanto a Igreja quanto os filósofos do período medieval tinham posições muito interessantes no tocante aos crimes, amplamente documentadas. Santo Tomás de Aquino salientava que o impulso ao pequeno crime alargava uma até então pequena brecha moral, o que colocava o delinquente como uma espécie de não-cidadão, por ser moralmente falho, (pecha usada mais tarde na teoria do direito penal do inimigo, de Jakobs).

Para a escolástica, o processo criminógeno era lento e progressivo, ou seja, o agente criminoso não negava repentinamente seus deveres e ingressava na delinquência.

Para essa doutrina, há – no criminoso – um trabalho vagaroso e inconsciente de erosão moral, cujos efeitos são sentidos a longo prazo, quando o estado criminógeno toma conta completamente do estado mental, fazendo o ódio transbordar do agente.

Tomás de Aquino, em suas sumas teológicas⁸ apresenta termos que definem estados criminógenos, como:

Macula culpae (a mancha do pecado): Uma condição particular contraída pelo criminoso que, considerada em si mesma, sem relação de dependência com

⁸ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica, I-II**. São Paulo: Edições Loyola, 2003

o tempo, não termina ao cessar o ato que a produziu. Transcende o crime, tem seus efeitos perpetrados na alma do delinquente;

Ex malo culpae fit aliquis malus (Desde o mal do pecado, se torna o mal): Uma referência explícita ao desarranjo moral do homem face aos pecados. Ou seja, o mal que leva ao crime é reflexo do mal causado pelos vícios do homem, diante dos pecados;

Cessante actu peccati, remanet macula (Quando o ato falho permanece como pecado atual): Uma observação aos efeitos que o ato criminoso tem, concomitantemente com os do pecado, vez que o desvio falho que configura um crime é o mesmo que configura um pecado.

Em resumo, a doutrina tomista é a principal responsável pelas reflexões acerca dos crimes, sob o ponto de vista da filosofia cristã. Ademais, como nos relatos bíblicos, percebe-se na jusfilosofia medieval um severo punitivismo, uma vez que os crimes eram equiparados aos pecados e, pecar, àquela altura, era atentar contra os ditames de Deus, normatizados, por assim dizer, nos próprios relatos.

Embora suavizadas pelo discurso espiritual e a semântica moral, as ideias tomistas acerca dos efeitos penais de um desvio de conduta eram fortemente enrijecidas pelo Deus severo, centro da existência, em que se acreditava e do qual se temia.

Tal postura é reflexo inexorável da centralização deste Deus como o único e legítimo coordenador da existência humana, em detrimento da própria capacidade humana de coordenar a própria existência, fato que apelidamos de liberdade. Para os tomistas, Deus não só estipula “leis” (*lex divina*). Deus pode mover o homem por meio da instrução da lei⁹.

⁹ VOEGELIN, Eric. **História das ideias políticas: Idade média até Tomás de Aquino**, São Paulo: É Realizações, 2012, p. 260.

Isso veio a mudar com o renascimento¹⁰ e a reforma protestante¹¹, quando passou o homem a ser o centro da existência e os dogmas cristãos começaram a perder sua força vinculante, fato representado belissimamente, aliás, pela arte renascentista.

A doutrina cristã foi então se adaptando à evolução racional do homem, na medida em que o ser humano tomava o protagonismo existencial e, a partir do iluminismo e da ascensão da idade moderna, teve suas ponderações canceladas por seus novos líderes.

O direito e sua filosofia, por sua vez, também evoluíram como produto desta nova ordem existencial. Racionalidade, ciência e liberdade passaram a protagonizar os novos rumos da civilização do ocidente. As luzes se acenderam.

1.6 LUZES SOBRE O DIREITO E LIBERDADE

Foi pouco depois de Rafael eternizar com tinta a síntese do pensamento renascentista na obra “Escola de Atenas” (1509-1511) que conjuga e representa a história da formação e evolução da filosofia ocidental, liderada pela figura de Platão apontando aos céus, que veio atuar no palco mundano a revolução científica, política e filosófica que chamamos de iluminismo.

Fortemente embasado pelos ideais humanistas, o iluminismo lançou luz aos homens e firmou-os como detentores de sua própria existência.

Com a revolução científica, o pensamento crítico se estendeu sobretudo na seara da filosofia, onde os ideais de liberdade foram postos à baila e expandidos pelos filósofos iluministas.

¹⁰ O **Renascimento** foi, ao mesmo tempo, um período histórico e um movimento cultural, intelectual e artístico surgido na Europa entre os séculos XIV e XVII, tendo seu ápice atingido no século XVI.

¹¹ A **Reforma Protestante** foi uma grande transformação religiosa que inaugurou a época moderna, rompendo a unidade do Cristianismo, no século XVI.

Os contratualistas, como Rousseau, Hobbes e Locke, em tempo, deram conta de objetar a liberdade irrestrita, quando propuseram o contrato social como meio para regular as relações sociais e sopesar direitos individuais e coletivos. É dizer: “a liberdade existe, mas há o que a limite e a proteja”.

Antes, a tal liberdade era outorgada aos homens por Deus e o mesmo Deus era quem a limitava. No contratualismo, a liberdade era garantida pelo contrato social, ao passo em que limitava a si mesma. O Direito - a lei -, então, era o mecanismo para tal.

Partindo deste novo ponto do pensamento, a Filosofia do Direito, antes dogmatizada, encontrou-se com a ideia de liberdade e democracia. Pensando nisso, Montesquieu (1689-1755) propôs a separação dos poderes, de modo a limitar e harmonizar as ferramentas do Estado, a fim de oportunizar maior defesa das liberdades.

Ora, antes, a hibridez entre Estado, Igreja e nobreza refletia em um acúmulo ilimitado e perverso de poderes, cenário no qual os indivíduos eram meros mecanismos de subsistência do sistema vigente.

Com as ideias iluministas de valorização da liberdade, a separação de poderes tornou-se vital para que se sistematizasse esta nova ordem da existência. Uma vez que a sociedade é livre e, ao mesmo tempo, deve haver o que a limite, fez-se necessário um meio para tal.

Pensando nisso, Montesquieu não cuidou só do ideal de governo, como tomou conta de idealizar *O espírito das leis*, sobre o prisma da liberdade e democracia. Eis o ponto de Montesquieu:

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder.¹²

¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**; tradução de Cristina Murachco. - São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

Assim, Montesquieu clareava o pensamento do direito como o mecanismo democrático de proteção e firmamento das liberdades.

Chegamos, então, até o ponto que nos toca: o direito como mecanismo de defesa e regulação das liberdades. Para que haja a proteção das liberdades, deve haver o direito; para que haja proteção dos direitos, deve haver o que os garanta.

Não obstante, Cesare Beccaria (1738-1793), o filósofo a quem podemos chamar de pai do iluminismo penal, outorgou à humanidade sua brilhante obra *Dos delitos e das penas*, reflexão de suma importância para a inauguração do lançar de luzes sobre o direito penal.

Foi a partir de seus escritos que o questionamento sobre razoabilidade e proporcionalidade das penas, bem como o direito de punir, balizados nos ideais humanitários, que o direito penal que o antecedeu viu-se descamisado, envergonhado, *iluminado*.

O direito penal que antecedeu e deu impulso aos questionamentos de Beccaria é aquele estudado anteriormente. Antes do iluminismo penal, figurava aquele direito penal punitivista, que encontrava razão em Deus, sistematizado, principalmente por Tomás de Aquino.

Com o advento das reflexões iluministas, representadas pelas colossais obras escritas naquele período, o ocidente passou a trabalhar o direito penal como um mecanismo funcional, ou seja, ferramenta para tutelar bens jurídicos valiosos à sociedade, e não apenas um aparato punitivista. O iluminismo penal foi de tão grande valia que até hoje o direito penal é tratado no ocidente com tais premissas.

Com efeito, revisitadas foram as ideias de Tomás de Aquino por Günter Jakobs, conhecido como aquele que sistematizou o chamado *direito penal do inimigo*. A reavaliação dos pensamentos punitivistas por Jakobs, todavia, eram selecionados de acordo com o crime a ser punido.

Isto posto, ainda que os pensamentos punitivistas sejam revisitados de forma intermitente, como dito anteriormente, o iluminismo penal, ou seja, as ideias de que o direito penal deve ser humanitário, legalista e *garantista*, ainda hão

de ecoar. O eco maior desses ideais, sobretudo, sobre as garantias, é o chamado *garantismo penal*.

2. TEORIA DO GARANTISMO PENAL: FUNDAMENTOS, AXIOMAS E COMPARAÇÃO

É notória a amplitude que o garantismo penal possui no mundo, no entanto suas boas raízes não podem tirar-lhe o ônus da imperfeição. Analisando os estudos a seguir, poderemos ter uma visão mais clara sobre a teoria.

2.1 O SURGIMENTO, AS BASES DO GARANTISMO PENAL E O DEBATE SOBRE A MORALIDADE

A teoria do garantismo penal foi sistematizada na obra *Direito e Razão* (Revista dos Tribunais, 2002), do magistrado, professor e jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli.

As ideias garantistas ferrajolianas emergiram após momentos críticos no direito italiano, visto que a Itália possuía um modelo penal e processual penal extremamente rigoroso no tocante à punibilidade, pois sofria, na década de setenta, com guerrilhas urbanas e tentativas de golpes, tanto por grupos comunistas de extrema-esquerda, quando por grupos neofascistas de extrema direita. Eram os chamados *anos de chumbo*.

Neste cenário, Ferrajoli começou a questionar a ânsia punitivista do Estado e criticar o autoritarismo com o qual decisões eram tomadas, pois, quando se coloca uma legislação como a que foi posta na Itália dos anos de chumbo (que encontrava raiz no fascismo), fatalmente esbarra-se nos direitos e garantias fundamentais.

Diante disto, Ferrajoli ajudou a levantar um movimento chamado *magistratura democrática*, composto por inúmeros juristas italianos que enfrentavam a legislação arbitrária a que estavam submetidos.

Então, Ferrajoli propôs a teoria do garantismo penal para trazer um sistema mais racional, a fim de que houvesse uma paridade de armas no processo penal, zelando, em especial, pelas garantias dos réus em face do aparato de repressão estatal.

Por isso, *Garantismo* é um termo vinculado ao Direito Penal, Processual Penal e à Filosofia do Direito, fruto de uma construção de vários pensadores jurídicos, surgindo com a pretensão de cessar as violações aos direitos fundamentais e as manifestações de um Estado autoritário vigente naquele período da Itália, defendendo a constitucionalização das garantias individuais, vendo-se, adiante, transpassar as fronteiras italianas e ecoar por todo o ocidente.

Assim, o objeto central do garantismo é caracterizado pela humanização e reconhecimento também da parte do acusado, que, muitas vezes, é marginalizado, o que compromete a eficácia tanto do processo, quanto da pena, se firmada e, por consequência, desestabiliza os pilares sociais.

A escola penal clássica italiana (descendente das ideias de Beccaria) foi a grande inspiração teórica de Ferrajoli, pois esta precedeu a ascensão do fascismo, que fora abraçado, segundo diz Ferrajoli¹³, pela dita *escola positiva*, que postulava a defesa dos direitos do Estado (máxima fascista) e não dos indivíduos. Foi na crítica ao autoritarismo dos *anos de chumbo*, juntamente com a oposição à escola positiva que Ferrajoli incorporou o garantismo.

Adentrando nas raízes mais profundas do garantismo penal, nota-se o já trabalhado iluminismo filosófico – pelo clarear do pensamento filosófico - e o liberalismo político – pela centralização e liberdade do homem no contexto político – como base das ideias de Ferrajoli.

O iluminismo filosófico teve seu início no século XVII, fundado, principalmente, no racionalismo postulado por René Descartes: “Penso, logo existo.” E nas reflexões acerca do pensamento por Francis Bacon: “A consciência é a estrutura das virtudes”.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX**; organização e tradução Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40

O objetivo era apresentar o acender das luzes do questionamento sobre as trevas do dogmatismo e estabelecer o predomínio da racionalidade sobre a fé. Neste sentido, como precursor do racionalismo, Descartes traz em sua obra *Discurso sobre o método* (Martin Claret ,2012) alguns pontos neste sentido:

O primeiro método era o de jamais acolher alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal; isto é, de evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e de nada incluir em meus juízos que não se apresente tão clara e tão distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida. O segundo método era o de dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas quantas possíveis e quantas necessárias fossem para melhor resolvê-las. O terceiro método era o de conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. O quarto método era o de fazer em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de nada omitir. (p. 14)

O liberalismo político, por sua vez, teve como principais precursores ideológicos, dentre outros: John Locke, o maior defensor das liberdades individuais: “Nenhum governo permite liberdade absoluta”¹⁴. E Montesquieu, maior crítico do absolutismo: “O pior governo é aquele que exerce a tirania em nome das leis e da justiça”.

O objetivo do liberalismo político, irmão do iluminismo filosófico, era limitar o papel do Estado nas relações humanas e colocar os indivíduos em destaque, para que estes deliberassem entre si e tivessem a liberdade para fazer suas escolhas, contrapondo o absolutismo e, por efeito, o socialismo.

Locke trazia ideias marcantes acerca da liberdade de pensamento e o conhecimento do homem, como expresso neste trecho de sua obra *Ensaio Acerca do Entendimento Humano* (Nova Cultural,1999):

[...] nosso conhecimento, portanto, mais limitado do que nossas ideias. Sexto, de tudo isto é evidente que a extensão de nosso conhecimento não apenas chega perto da realidade das coisas, mas também da extensão de nossas ideias. Entretanto, não questiono que este conhecimento humano, sob as circunstâncias atuais de nossos seres e constituições, possa ser levado bem além do que tem sido, se os homens sinceramente e com liberdade da mente empregassem toda diligência e esforço de pensamento no aperfeiçoamento dos meios para descobrir a verdade, em lugar de o

¹⁴ LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 229

fazerem superficialmente ou apoiando-se na falsidade, para manter um sistema, interesse ou facção com a qual estão comprometidos. (p. 224).

Diante disso, conclui-se que – a grosso modo – as bases ideológicas e filosóficas da teoria de Ferrajoli eram a liberdade individual – a qual, por definição, limita poderes do Estado – e a razão, que traz questionamentos racionais, a fim de ensaiar novas perspectivas de pensamentos e novas conclusões, fugindo do conhecimento dogmatizado, o que exterioriza e representa os objetivos do garantismo.

A teoria do garantismo penal ganhou ampla notoriedade no Brasil a partir do final da década de 90, quando a *Revista dos Tribunais* publicou a obra traduzida, a qual foi resultado de uma grande parceria entre vários juristas brasileiros, com destaque para: Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes e José Antônio Siqueira Pontes.

Prefaciada por Norberto Bobbio - também jusfilósofo italiano – a obra *Direito e Razão* tem como objetivo trazer racionalidade ao direito e à filosofia penal, concebendo a ideia de proteção do indivíduo face às possíveis e supostas arbitrariedades do Estado, fazendo uma contraposição entre o direito do mais fraco e o direito do mais forte. Os dizeres de Bobbio (apud FERRAJOLI, 2002) no prefácio à edição italiana da obra exprimem tais afirmações:

A obra, não obstante a complexidade do empreendimento e a grande quantidade dos problemas enfrentados, é de admirável clareza. Pode-se consentir ou dissentir. Mas não se deve nunca ficar angustiado por entender aquilo que o autor quis dizer. O leitor pode proceder de um assunto a outro do longo caminho sem que seja necessário liberar, a cada momento, a passagem das ruínas de inúteis obscuridades. Ferrajoli é um amante das ideias claras e distintas, que procede através de um seguro conhecimento dos fatos dos quais fala e, no expô-los ordenadamente, tira vantagem da sua preparação de lógica (não será inútil recordar que uma das suas primeiras provas de estudioso fora uma *Teoria axiomatizada do direito*). (p. 07 - 08).

Assim, elogiando de forma eloquente a obra de Ferrajoli, expressando claramente o anseio iluminista do autor, Bobbio acrescenta, para introduzir o leitor na simbiose garantista, ainda no prefácio:

O importante para a plena compreensão do conjunto é que, não obstante este proceder através da desarticulação do inarticulado e do prover de precisão o vago e o genérico, não se perca de vista a ideia inspiradora da obra, iluminista e liberal, iluminista em filosofia, liberal em política, segundo a qual frente à grande antítese que

domina toda a história humana entre liberdade e poder, pela qual nas relações entre indivíduos e entre grupos, quanto maior a liberdade tanto menor o poder e vice-versa, é boa e ainda desejável e propugnável que de vez em quando aquela solução que alarga a esfera da liberdade e restringe aquela do poder; com outras palavras, aquela pela qual o poder deve ser limitado de modo a permitir a cada um de gozar da máxima liberdade compatível com a igual liberdade de todos os outros. A obra desenvolve-se pela antítese ou grande dicotomia entre elas concatenada, tanto que sobre uma linha estão as teses positivas, sobre outra as negativas. Da antítese liberdade-poder nascem todas as outras. A começar, na esfera específica do direito penal, por aquela entre modelo garantista e modelo autoritário, entre garantismo e decisionismo, para continuar com todas aquelas que a elas se conectam: governo das leis – onde se compreende governo seja *sub lege* seja *per leges*, com a ulterior distinção, fundamental, entre mera legalidade e estrita legalidade – e governo dos homens, Estado de direito contra Estado absoluto ou despótico; formalismo contra substancialismo, por meio do qual o autor progressivamente expõe a sua orientação na política penal; direito penal mínimo contra direito penal máximo, o direito do mais fraco contra o direito do mais forte; e em última instância, certeza contra o arbítrio. (apud FERRAJOLI, 2002, p.10).

Ainda na seara dos fins da teoria, explana Luigi Ferrajoli (Revista dos Tribunais, 2002):

Segundo um primeiro significado, 'garantismo' designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de 'estrita legalidade' SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia aos direitos dos cidadãos. É consequentemente, 'garantista' todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (p. 684).

Diante deste primeiro significado, no qual o jurista traz uma semântica epistemológica para sua teoria, podemos perceber a concepção da ideia de minimizar os poderes do Estado e, ao mesmo tempo, frisar que o SG (sistema garantista) busca incumbir ao próprio Estado o protagonismo de tal sistema. Assim, Ferrajoli (Revista dos Tribunais, 2002) avança:

Em um segundo significado, 'garantismo' designa uma teoria jurídica da 'validade' e da 'efetividade' como categorias distintas não só entre si, mas também pela 'existência' ou 'vigor' das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o 'ser' do 'dever ser' no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (p. 684).

Ocorre que, embora Ferrajoli diga pertencer ao que denomina de *positivismo crítico*, o autor insiste em uma cisão radical entre *moral* e *direito* e a separação entre *justiça* e *validade*, *ser* e *dever ser*, o que acaba sendo uma artificialidade que tende a desmoronar face a indiscutível influência da moralidade que forja leis e princípios constitucionais.

O garantismo penal sustenta que deve haver uma separação entre *justificação externa* e *legitimação interna* do direito, entendendo que a primeira se deve a partir de princípios morais ou políticos, enquanto a segunda se daria a partir de princípios normativos intrínsecos ao próprio ordenamento jurídico. Portanto, a legitimação externa seria um critério de justiça, enquanto a interna, um critério de validade do direito penal. Neste sentido, Ferrajoli *in verbis*:

Garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre o direito e a moral, entre a validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o 'ser' e o 'dever ser' do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda de legitimação ético-política do direito e do estado, do ponto de vista exclusivamente externo" (2002, p. 787).

Exemplo da problemática desta contradição ferrajoliana, é o próprio reconhecimento por parte de Luigi que as constituições contemporâneas – a brasileira, por exemplo – incorporaram essas mesmas *justificações externas* que ele usou como apelido para a moralidade, como base para a criação de princípios e direitos fundamentais, o que corrobora para o reconhecimento do êxito que o juízo moral tem quando consonante com a lei.

Veja, ainda que a moralidade – que, para o garantismo, deve estar fora do sistema jurídico (penal, em especial) – tenha passado a integrar o sistema, positivada que foi, sob a forma de princípios constitucionais, não deixou de ser moralidade. Ela não foi descaracterizada, não foi suplantada, tampouco transformada. Ora, não se pode, por exemplo, tratar como mero dispositivo jurídico a dignidade humana, pois tal princípio vem claramente de um juízo moral.

Outro ponto controverso das proposições do garantismo é sua concepção teleológica do direito penal, calcadas sob o ponto de vista utilitarista de Jeremy

Bentham (1748-1832), concebendo a ideia de bem comum, isto é, um sopesar de quais imposições legais trarão mais benefícios do que custos e mais felicidade do que tristeza. Assim, citando as lições de Francis Bacon sobre o utilitarismo de Bentham, Ferrajoli (Revista dos Tribunais, 2002) entrega:

O utilitarismo, não fosse pelo fato de que exclui as penas socialmente inúteis, é, resumindo, o pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado. Aliás, não é por acaso que constitui um elemento constante e essencial de toda a tradição penal liberal, tendo-se desenvolvido como doutrina política e jurídica - excluídas as suas remotas ascendências em Platão, em Aristóteles e em Epicuro - em razão do pensamento jusnaturalista e contratualista do século XVII, implementador do Estado de direito e do direito penal moderno. "A finalidade da lei, para a qual orienta as suas disposições e sanções", afirma Francis Bacon, "não é outra que a felicidade dos cidadãos". (p. 209)

Não criticamos o utilitarismo, como mecanismo de balanceamento entre o bem comum, entre os custos e benefícios de uma lei, entre liberdades individuais e coletivas, etc. No entanto, controversa achamos esta concepção posta por Ferrajoli, vez que, como supramencionado, o jusfilósofo italiano acredita ser o juízo moral uma justificação externa do direito, ou seja, deve o juízo de valor não encontrar vazão interna no ordenamento jurídico. Contudo, não há juízo de valor maior do que o sopeso entre custos e benefícios, entre o que é o bem comum e o que não é.

Diferentemente das visões utilitaristas, onde um governo decide o que é moral ou imoral e visa determinar como justo aquilo que maximizará a felicidade e o bem-estar geral, Kant (1724-1804) acreditava que os valores morais eram intrínsecos na mente humana, estabelecidos por meio de *imperativos categóricos*, apelido que o filósofo prussiano dava à razão. Em virtude de a moral fazer parte do ser humano, através da razão categórica, Kant acreditava ser esta qualidade uma prerrogativa humana natural e que, assim, moralidade significa agir em função do dever natural outorgado a cada ser humano, pela própria razão. Isto é, Kant acreditava que a moral intrínseca do ser humano refletia inexoravelmente numa lei natural, um *dever ser* trazido pela

racionalidade¹⁵, descartando os ideais utilitaristas defendidos por Bentham e cancelados pela teoria garantista.

No que tange à cisão que o garantismo propõe entre o *ser* (direito natural) e o *dever ser* (direito positivo), esta transmuta-se para o *ser* e *dever ser* na própria positivação do direito, ou seja, cria um oposicionismo entre a lei e outras competências mais abrangentes – e mais subjetivas – no ordenamento jurídico, dando margem às incoerências e antinomias do sistema, tais como os embates: lei e Constituição; lei e jurisdição; lei e atividades administrativas, dentre outras dicotomias.

Ou seja, tal desconsideração que o garantismo postula e a dualidade apresentada geram instabilidades jurídicas, vez que a aplicação coesa da lei exige um juízo também moral, haja vista todos os elementos que compõem o império da lei. Tais impasses, além de viciarem o ordenamento jurídico, podem inclusive causar instabilidades institucionais, pois as instituições é que são a ferramenta de aplicação do direito.

Não obstante alguns pontos de debate sobre o garantismo, é necessário dizer que a teoria cumpre muito bem seu papel, tendo como ponto vital, destacado por Bobbio, no prefácio da obra de Ferrajoli, a axiomização de ideias que tangem a referida teoria. Dessa forma, é necessário adentrar nos dez axiomas estabelecidos pelo garantismo.

2.2 OS DEZ AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL, POR FERRAJOLI

O jurista Luigi Ferrajoli, pai do garantismo, a respeito do direito penal e processual penal, traz dez *axiomas*, em sua obra *Direito e Razão*¹⁶. O termo que, para a filosofia, é uma premissa considerada necessariamente evidente e verdadeira, traz como fundamento uma demonstração, originada, segundo a tradição racionalista, de princípios inatos da consciência ou, segundo os

¹⁵ SANDEL, Michael J. - **Justiça - O que é fazer a coisa certa**; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. - 27^o edição - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p.151

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Londrina: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 74 - 75

empiristas, de generalizações da observação empírica. Dada a introdução ao conceito da palavra, convém, dessa forma, citar e analisar os dez axiomas da teoria do garantismo penal, que nada mais são do que integrais princípios do Estado democrático de direito, indispensáveis para a proteção de direitos e garantias:

Nulla poena sine crimine (Não há pena sem crime): Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito. Ou seja, para que haja aplicação de uma pena, deve haver comprovadamente uma prévia infração penal que justifique tal pena. Com efeito, o Código Penal brasileiro entrega, neste sentido, na segunda parte de seu artigo primeiro, que “não há pena sem prévia cominação legal”.

Nullum crimen sine lege (Não há crime sem lei): Princípio da legalidade. O segundo axioma nos leva a este conhecido princípio basilar do direito. O princípio da legalidade é inegociável e vital para a solidez de um ordenamento jurídico. Este axioma lança luz à teoria tripartida do crime, adotada no Brasil, vez que versa acerca da tipificação da lei penal. Isto é, não há crime sem lei anterior que o defina, como expresso *ipsis litteris* na primeira parte do supramencionado artigo primeiro do CP. Assim, se não houver a tipificação do delito, seja ela literal ou em sentido amplo, não há que se falar em conduta delituosa.

Com efeito, Ferrajoli busca diferenciar a legalidade formal da legalidade material. Os vícios formais da legalidade, para o garantismo, não são mais do que equívocos no processo legislativo que concebe a norma. Não obstante, a grande defesa garantista é endereçada aos os vícios de legalidade materiais, aqueles que tocam ao mérito da lei.

O impulso do garantismo para defender a legalidade formal é tomado quando uma lei, ainda que dotada de legalidade formal, respeitando todo o processo legislativo, padece, todavia, de vícios materiais, como por exemplo uma lei que fira princípios constitucionais. Ou seja, para que haja um crime, deve não só haver lei anterior que o defina, como também deve esta lei não padecer de vícios materiais.

Nulla lex (poenalis) sine necessitate (Não há lei penal sem necessidade): Princípio da necessidade ou da intervenção mínima do direito penal. Este axioma concebe a ideia de que o direito penal deve ser mínimo, ou seja, somente pode ser invocado em última análise. Por ser o garantismo firmemente calcado nos ideais de liberdade, em coerência, não se deve usar o direito penal como regra, mas sim como exceção. É dizer, o direito penal, por ser o braço mais forte de um ordenamento jurídico, deve ser a *ultima ratio* da intervenção do Estado, depois de todos os outros ramos do direito mostrarem-se incapazes de tratar o caso concreto. Como a regra é a liberdade, na visão garantista, somente esta será cerceada mediante a aplicação de uma lei penal se houver real necessidade para isso.

Nulla necessitas sine injuria (Não há necessidade de punição sem ofensa a bem jurídico): Princípio da lesividade ou ofensividade. Tal axioma traz a ideia de que para que haja a necessidade de uma punição sobre alguém, deve haver uma lesão a um bem jurídico de outrem, ou seja, exige uma conduta que seja de fato lesiva a outra pessoa, com objetividade. Dessa forma, o garantismo defende a não punição para quem comete uma conduta danosa a si mesmo, como por exemplo a tentativa de suicídio, que não é punida do direito brasileiro. Ora, não há necessidade em punir alguém por lesar o próprio bem jurídico.

Este axioma encontra vazão justamente no princípio da legalidade sob o ponto de vista material. Ou seja, mesmo que haja uma lei punindo a autolesão, ainda que respeitado todo o processo legislativo e em estado de vigência, se colocada em confronto com este axioma, padecerá de legalidade formal, pois infringe o princípio da lesividade.

Nulla injuria sine actione (Não há ofensa ao bem jurídico sem ação): Princípio da materialidade da ação. Este axioma visa preconizar a racionalidade e causalidade acerca da conduta lesiva, isto é, para que haja uma ofensa a um bem jurídico, é necessário que haja, em seu detrimento, uma ação concreta, externalizada, com esta finalidade. Não se pune o indivíduo por aquilo que ele é, se pune pela materialização da conduta praticada.

Este axioma vislumbra, no *iter criminis*, a punição ao indivíduo somente se houver início da execução do delito. É dizer, um bem jurídico somente poderá ser lesado com a exteriorização da conduta delituosa e esta conduta delituosa somente poderá ser punida mediante esta exteriorização. Portanto, o garantismo de Ferrajoli preconiza o chamado *direito penal do fato* e não o *direito penal do autor*, como arbitrariamente trata o direito penal do inimigo, de Jakobs.

Nulla actio sine culpa (Não há ação sem culpa): Princípio da culpabilidade. Tal princípio versa acerca da conduta do agente, seja ela dolosa ou culposa, para que seja possível ou não sua responsabilidade penal. Ou seja, se o agente não age com dolo ou culpa, não pode ser responsabilizado penalmente por suas ações.

Este axioma integra o conceito analítico de crime, entendido, conforme maioria da doutrina penal, como um fato típico, ilícito (antijurídico) e culpável.

Nulla culpa sine iudicio (Não há culpa sem processo): Princípio da jurisdicionalidade. Tal axioma é uma transcrição híbrida dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e do juiz natural.

Em primeiro plano, para que se possa imputar culpa, é necessário o exaurimento da jurisdicionalidade, termo que é usado para definir a ideia da distribuição e limitação que traz a competência judicial.

Em segundo plano, notamos a necessidade do respeito ao devido processo legal e da presunção de inocência, pois a culpa somente será confirmada mediante um processo legal e seu exaurimento, sendo vedados, inclusive, os chamados tribunais de exceção, como por exemplo o famigerado *tribunal de Nuremberg*¹⁷ e o famoso julgamento de Eichmann em Jerusalém¹⁸.

Nulla iudicium sine accusatore (Não há processo sem acusação): Princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação. Aqui, temos um princípio

¹⁷ O tribunal de Nuremberg foi uma série de tribunais militares, organizados pelos Aliados, depois da Segunda Guerra Mundial, referentes aos processos contra 24 líderes nazistas

¹⁸ O julgamento de Adolf Eichmann, líder nazista capturado na Argentina por Israel, acusado de diversos crimes contra a humanidade nos campos de concentração nazistas.

que confirma a importância de uma estrutura acusatória adequada, para que se tenha de fato um devido processo legal.

Este axioma visa estabelecer a imparcialidade do julgador, questionar possíveis arbitrariedades proferidas pelo juízo, bem como inibir o ativismo judicial, colocando a acusação também como fiscal da lei, sem abstrair a consonância com seu papel processual.

No caso do direito brasileiro, essa tarefa fica a cargo do MP e MPF, nas ações públicas e, nas ações privadas, a titularidade é do ofendido.

Nulla accusatio sine probatione (Não há acusação sem prova): Princípio do ônus da prova. Nestes termos, fica claro que o objetivo deste axioma é uma confirmação do endereçamento do ônus da prova. É notório, além disso, o embasamento desta ideia no princípio da presunção de inocência.

Ademais, o axioma traz o ensinamento de que só se deve acusar alguém se houver provas. Trazendo à fase pré-processual do direito penal brasileiro, é para isso que se deve haver indícios de autoria e materialidade indicados no inquérito policial, para que seja oferecida a denúncia do MP, bem como o mesmo MP deve colher provas para legitimar a acusação.

Nulla probatio sine defensione (não há prova sem defesa): Princípio do contraditório e ampla defesa. Por fim, o axioma que Ferrajoli traz é uma reafirmação clara do princípio do contraditório e ampla defesa, preconizando a ideia de que o acusado deve ter o direito de se defender de todas as provas contra ele apresentadas, bem como devem ser rejeitadas todas as provas ilícitas a seu desfavor.

Novamente, vale dizer que este princípio é um mecanismo que visa evitar possíveis julgamentos arbitrários, zelando pela integridade do respeito às garantias do acusado.

É inegável a absorção de todos estes princípios ao direito brasileiro. Como percebido, os axiomas trazidos pelo garantismo penal são virtuosos, dotados de grande respeito pela valorização da liberdade e da proteção às garantias individuais.

Já trabalhadas as raízes filosóficas do garantismo, bem como trazidas à baila suas ideias centrais, embasadas no direito positivo, convém adentrar às teorias positivistas do direito, a fim de melhor entender e analisar o garantismo.

2.3 COMPARAÇÃO: GARANTISMO E OUTRAS LUZES POSITIVISTAS

Assim como exposto no capítulo anterior, vale reafirmar o caráter mutável da Filosofia do Direito. O Direito, por se tratar de uma ciência empírica, vive em constante evolução e involução, dependendo do ponto de vista daquele que o analisa. Neste sentido, é indispensável que seja feita uma análise jusfilosófica sem que esta passe por outras teorias do direito, ainda mais se tratando de sistemas basilares.

Muitos juristas, além de simplesmente adotarem uma teoria para chamar de sua, acabam entrando em um estado de *platô*, o que limita sua capacidade articulatória de operar o Direito.

Nesta seara, entra então a filosofia. O próprio termo advém da junção das palavras *amor* e *conhecimento*. Ou seja, a filosofia é, pois, a definição do casamento entre esses substantivos. Inato, o amor é - em sua forma pura - inconsciente, involuntário e incondicional. Desta maneira, na filosofia do direito, não se pode, então, ser amante de outra coisa senão do conhecimento jurídico. Uma vez apaixonado, o operador do direito torna-se completo, pois, assim como nas relações sociais, aquele que ama, jura fidelidade, apreço, tende a ficar próximo e, além de aceitar mudanças, busca aprimorá-las e também promovê-las.

Diante desta reflexão, pode-se dizer que o operador do direito, amante do conhecimento jurídico, sempre estará à frente daquele que para em seu tempo, aquele que entra em sua caverna e cultiva seus mitos. Quando isso acontece, o conhecimento resiste a adentrar nos pensamentos, pois com a escuridão enraizada, a luz cega aos olhos de quem a ela resistiu. Como nos faz pensar Platão (EDIPRO, 2015), diante do diálogo entre Sócrates e Gláucon acerca do mito da caverna:

E se alguém o arrastasse ali à força para cima através do caminho acidentado e abrupto, e não o deixasse escapar até que o tivesse arrastado até a luz do sol, não se sentiria ele atormentado e irado por ser tratado desse modo? E quando mergulhado na luz, seus olhos invadidos pelos raios do sol, não ficaria incapacitado para ver uma só daquelas coisas que agora se diz reais? (p.12).

A partir deste diálogo, Sócrates estabelece, além do ofuscamento da visão viciada pelo escuro, o espanto que causa aos que no escuro estavam, cuja visão era apenas sombras, quando lhes é exposta a imagem real daquilo que viam nas paredes da caverna, quando já capacitados a enxergar a realidade.

Isto nos faz refletir acerca da visão que muitos jusfilósofos têm de outras teorias do Direito, postura que os impede não só de completar suas teorias, bem como também dificulta o aprimoramento e a autocrítica delas. A filosofia não é, dessa forma, estática, mas sim movente. Assim, a filosofia que não tem contato com as sombras na parede só poderá produzir uma utopia estéril.¹⁹

Então, é necessário fazer algumas comparações entre a teoria do garantismo penal e outras teorias do direito, a fim de, não somente apontar possíveis inconsistências, mas também ajudar a completá-la e tentar entender o porquê da teoria de Ferrajoli ser tão manipulada - em especial - no Direito brasileiro.

2.3.1 GARANTISMO E A TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em primeiro plano, cumpre salientar as diferenças semânticas e estruturais das duas teorias. O garantismo penal trata, exclusivamente, do Direito Penal, enquanto que a teoria do ordenamento jurídico, idealizada por Norberto Bobbio, tem abrangência e objetivos mais amplos: (re)organizar o ordenamento jurídico como um todo, em especial, o direito instrumental, à luz do positivismo crítico, assim como Hans Kelsen - guardadas as proporções - o qual foi basilar para os escritos de Bobbio.

Enquanto que Ferrajoli se preocupa em salientar uma idéia específica para o Direito Penal, Bobbio se dedica a investigar, expor e dissolver conflitos

¹⁹ SANDEL, Michael J. - **Justiça - O que é fazer a coisa certa**; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. - 27^o edição - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p, 39

normativos, como a sobreposição legal de dispositivos infraconstitucionais e normas constitucionais, normas mais velhas diante de normas mais novas, em um âmbito jurídico panorâmico, prezando por um olhar *ordenamental*, diferenciando-se, portanto, do enfoque às normas individualmente consideradas, como trabalha Ferrajoli.

Notadamente, Ferrajoli deixou lacunas expoentes em sua teoria, o que não poderia ser diferente, pois seu estudo balizado em normas isoladas não cumpriu desnudar questionamentos que tocam os critérios de pertinência de regras do sistema jurídico, pois tal forma instrumental adotada não assim permite, vez que para que seja feita uma análise sobre a pertinência de regras, é necessário que haja uma análise sistêmica, como entrega Bobbio.

Veja, ainda que Ferrajoli não entregue tais respostas, não é correto desqualificar sua teoria neste sentido, pois trata-se - como dito anteriormente - de uma semântica diferente da de Bobbio. O que não a torna inimputável, pois, de observações críticas quanto ao método empregado no garantismo penal, pois Ferrajoli buscou indicar comportamentos jurisprudenciais, enquanto que Bobbio preconizava uma postura um tanto quanto mais litúrgica quando tocava no cerne na produção de norteadores estruturais.

Ferrajoli trabalha com as chamadas normas de comportamento, as quais Bobbio (EDIPRO, 2014) contrapõe com as chamadas normas de estrutura:

Vimos que existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. Essas normas de estrutura podem ainda ser consideradas como normas para a produção jurídica: isto é, as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam um comportamento, mas regulam o modo de regular o comportamento; ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é aquele de produzir regras. (p. 56).

Nota-se, desta forma, nos dizeres do mestre de Turim, a importância de ter-se uma estrutura completa, antes de estipular regramentos em *strictu sensu*. Isso não se justifica, pois, com a diferença semântica das duas teorias, porque, acima da seara na qual uma teoria está empregada, deve ela possuir, antes de regramentos comportamentais, normas ou princípios instrumentais de cunho basilar, o que é trazido em *lato sensu* por Ferrajoli, ao contrário dos pensamentos de Bobbio.

Ou seja, mesmo o garantismo tratando exclusivamente da esfera penal, não pode a teoria estipular regras comportamentais tiradas tão somente de um juízo de valor singular, como exposto por Ferrajoli (Revista dos Tribunais, 2002), em sua *obra-mater*, quando trata de um questionamento acerca da aplicação da lei no tocante às contravenções penais:

Um redimensionamento racional do direito penal deveria ser precedido, ao menos, da despenalização de todas as contravenções, compreendidas aquelas punidas com a prisão, assim como de todos os delitos punidos com multa mesmo se em alternativa à reclusão. Isto não é naturalmente um critério de diferenciação teórica entre ilícitos penais e ilícitos que mereçam a despenalização. Todavia, o fato de o legislador ter determinado qualificar certas condutas como simples contravenções, e de alguma maneira a elas agregar a punição - seja mesmo à discricionariedade do juiz - com uma simples multa, é suficiente para fazer supor que ele mesmo tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isto em uma perspectiva de um direito penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério pragmático de despenalização, idôneo a satisfazer o nosso princípio de necessidade ou de economia do direito penal (p. 575).

Diante do exposto, pode-se dizer que, apesar das relevantes concordâncias entre as duas teorias, cujas bases são fundadas nos mesmos ideais de liberdade e democracia, alicerçadas nas raízes iluministas, o que as faz concordar no mérito, ou seja, no resultado prático, o produto da obra - e este não se confunde com objetivo - no entanto, revelam uma discordância na forma de como atingir este fim.

A contribuição de Norberto Bobbio foi fundamental para trazer respostas a questionamentos que tocavam os mais vastos ordenamentos jurídicos do mundo, preconizando pensamentos acerca das fontes jurídicas, da hierarquia das normas e, principalmente, reconhecendo as lacunas da lei e estipulando soluções para isso, como a *heterointegração* e a *autointegração*.

Por *heterointegração*, entende-se o momento no qual a lei se auxilia de serventias externas, como a aplicação de normas jusnaturalistas, de costume ou de outros complexos normativos e, noutra nível, até a hipótese de permear o engenho do juiz, para decidir com equidade, cobrindo, desta forma, *antinomias* do sistema jurídico.

Quanto à *autointegração*, esta define-se como a estipulação de formas de integração relacionadas exclusivamente com a lei positiva, por meio do

emprego da analogia ou da invocação de princípios gerais do Direito, sendo este mecanismo o mais usual em se tratando de decisões penais.

2.3.2 GARANTISMO E O CONCEITO DE DIREITO EM HART

O *Conceito de Direito* (WMF Martins Fontes, 2009) é uma obra que traz uma teoria do Direito exposta pelo jurista e filósofo britânico Herbert Lionel Adolphus Hart, mais conhecido como H.L.A Hart. Suas ideias tangem uma teoria analítica do Direito, separando, assim como Ferrajoli e Bobbio, o Direito e a moral, à luz do positivismo.

Hart traz uma teoria que fixa a moral e o Direito como fenômenos sociais heterogêneos. No entanto, para ele, essa independência dos termos não quer dizer uma cisão diametral, mas sim uma complementação equitativa, a fim de solucionar conflitos que infringem os ordenamentos jurídicos.

Hart denuncia que termos constantemente usados no âmbito jurídico carregam um juízo moral intrínseco, desnudados, sobretudo, por observações populares alheias aos termos jurídicos, como por exemplo a palavra “justiça”, que é comumente usada pelas pessoas, as quais não observam o efeito moral expressado, o que, para ele, torna-se uma anomalia, vez que juízos morais possuem dissonâncias, variando de acordo com fatores sociais nos quais podem estar inseridos. Não há uma universalidade da moral.

Ora, não se fazem presentes - de forma positivada - nos ordenamentos jurídicos termos derivados de críticas morais, como: *justo, injusto, bom, mau, certo, errado*, etc. Contudo, no cenário jurídico tais palavras são correntemente usadas.

A partir desta perspectiva, Hart (WMF Martins Fontes, 2009) expõe:

Os termos mais frequentemente usados pelos juristas para louvar ou condenar o direito ou sua aplicação são as palavras “justo” ou “injusto”, e os estudiosos frequentemente escrevem como se as ideias de justiça e moral coincidissem. Há de fato boas razões para que a justiça ocupe um lugar importantíssimo na crítica dos arranjos jurídicos; contudo, é importante ver que ela é um segmento específico da moral, e que as leis e sua aplicação podem ter, ou carecer de diferentes tipos de virtudes. Basta um pouco de reflexão

sobre algumas espécies frequentes de juízos morais para demonstrar esse caráter especial da justiça. (p. 204).

Para Hart, os termos usados como juízo moral, desconectam-se do Direito, na produção de normas, uma vez que são produtos puramente morais, estabelecidos de forma heterogênea, suscetíveis a mudanças semânticas e até etimológicas, de acordo com o indivíduo ou a sociedade:

Torna-se claro, portanto, que os critérios que envolvam semelhanças e diferenças pertinentes podem variar com frequência conforme a perspectiva moral básica de determinado indivíduo ou sociedade. Quando isso ocorre, as avaliações sobre a justiça ou injustiça do direito podem encontrar contra-argumentos inspirados em uma moral diferente. (2009, p. 211).

Ferrajoli tem ideias que se assemelham muito com os dizeres de Hart, principalmente nessas questões que tocam a moral e o direito, pois, para o pai do garantismo, a moral é uma justificação externa do Direito, e essa externalização da moral ante o âmbito jurídico pressupõe uma diferença pujante entre os dois institutos que, para Ferrajoli (Revista dos Tribunais, 2002), quando confusos, transmutam-se em ideais substancialistas.

[...] a confusão entre as duas legitimações - interna e externa, jurídica e ético-política - é sempre solidária, quer na versão jusnaturalista, quer naquela ético-legalista, com modelos penais de tipo substancialista e autoritário, tanto quando subordina o direito à moral e, portanto, ignora a fonte positiva do direito em favor de critérios subjetivistas e de opções avaliadoras que, a um só tempo, comprometem os princípios convencionais e cognitivos, como quando, ao contrário, subordina a moral ao direito, e consequentemente legitima, com base apenas em suas fontes legais, os conteúdos das leis, sejam eles quais forem, mesmo que, pela sua indeterminação, deixem livre espaço de disposição ao Poder Judiciário. Frise-se, ainda, que cada modelo substancialista, segundo a hipótese aqui formulada, é, em última análise, caracterizado, em maior ou menor escala, pela confusão entre legitimação interna e legitimação externa. (p. 173).

Desta forma, podemos afirmar que o Direito, para os autores, é produto de suas justificações tão somente internas, colocando, desta forma, a moral como algo escanteado, subjetivo e impreciso no que tange ao âmbito jurídico.

Apesar da congruência inegável entre as ideias basilares de Hart e Ferrajoli acerca da moral, é notório que eles possuem divergências práticas, pois o escritor britânico se autodenomina um positivista flexível, enquanto que o magistrado italiano se entende como positivista crítico, como exposto anteriormente.

O positivismo flexível, defendido por Hart, traz o pensamento convencional da aplicação da norma jurídica, ou seja, ainda que a moral não seja benéfica no que tange a produção de normas, quando se é razoável o juízo de valor sobre a serventia de uma norma, a moral - justificação externa do Direito - se insere e trabalha em favor do ordenamento, servindo como algo não somente trivial, mas transmutando-se no que o filósofo chama de normas consuetudinárias²⁰.

Ou seja, ainda que Hart e Ferrajoli possuam a mesma ideia teórica das justificações internas e externas do Direito, o escritor britânico tem uma concepção prática mais flexível, permitindo, desta forma, que haja uma flexibilidade na semântica positivista, vedando, contudo, que essa flexibilização implique na produção de normas e na redução de sua interpretação a questões tão somente morais. Neste sentido, Hart (WMF Martins Fontes, 2009) expõe:

Para todos os efeitos, não importa se, ao decidir suas causas, o juiz está *criando* o direito de acordo com a moral (sem prejuízo, é claro, de quaisquer restrições que a lei imponha) ou se, alternativamente, é orientado por sua avaliação moral sobre qual lei, *já existente*, é revelada por um critério moral do direito. É claro que, se a teoria do direito deixa em aberto a questão do caráter objetivo dos juízos morais, como opino que deve deixar, o positivismo brando não pode ser caracterizado simplesmente como a teoria que postula que os princípios ou valores morais podem estar entre os critérios de validade jurídica. Pois, se o caráter objetivo dos princípios e valores morais é uma questão em aberto, deve ser também aberta a questão de saber se as disposições do “positivismo brando” que pretendam incluir a obediência àqueles princípios e valores entre critérios para a determinação do direito existente podem ter aquele efeito ou se, ao contrário, podem apenas constituir instruções aos tribunais para que se *criem* a lei de acordo com a moral. (p. 328).

Tal explanação de Hart é a confirmação de que, seja qual for a natureza dos juízos morais, mesmo os dotados de lei que lhes determinam discricionariedade, estes não devem ser convertidos em um direito pré-existente, mantendo, desta forma, a subsidiariedade das justificações externas do Direito em sua aplicação.

Ferrajoli (Revista dos Tribunais, 2002), no entanto, atribui à aplicação prática dos juízos de valores a mesma ideia que ele traz das justificações externas do direito, o substancialismo:

²⁰ HART, H.L.A.. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.329

A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada verdade substancial ou material, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida "verdade substancial", ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal. (p. 38).

O pai do garantismo vai além, quando trata do juízo de valor um mecanismo de dirimção das garantias e princípios. Assim Ferrajoli (Revista dos Tribunais, 2002) expõe:

Mas o juízo de validade substancial das leis, se tem dito, é um juízo de valor, confinado à valoração operativa do juiz, além daquela doutrinal do jurista. Disto decorre uma outra e mais grave aporia que investe em particular no princípio de estrita legalidade. Este princípio foi definido anteriormente como uma regra semântica de linguagem legal que requer a possibilidade de verificação das teses judiciais e exclui que o juiz tenha, além de um poder de denotação e conotação, também um poder de disposição. Quando, porém, ilegitimamente tal poder do juiz é suscitado por causa de leis penais que derogam o princípio constitucional de estrita legalidade ou taxatividade, a ilegitimidade pode ser removida somente graças à atribuição, ao mesmo juiz, de um poder de reprovação sobre leis, que, por sua vez, exprimindo-se em juízos de valor, é um poder de disposição: e por isto, quanto menos um juiz é vinculado pela lei à simples denotação e conotação dos fatos por ela previstos como crimes, tanto menos ele é vinculado à Constituição para sua aplicação, e tanto mais é autorizado a censurar nelas a invalidade. (p. 703).

Desta forma, pode-se dizer que as semelhanças entre o Conceito de Direito e o Garantismo são estruturais e as diferenças estão em sua aplicabilidade. Hart, assim como Ferrajoli, tem uma visão crítica à moral com relação ao Direito, escanteando-a como justificação externa.

No entanto, quando essa justificação externa é invocada para que o Direito seja operado e o juízo moral internalizado nos processos e nas decisões, os autores divergem.

Além disso, cumpre salientar que Hart, em sua obra, expõe uma ideia que trabalha em favor das reflexões sobre o entendimento do Direito, como também contribui tanto para a produção de normas, como para a forja de princípios, enquanto que Ferrajoli, como já exposto, trilha um caminho diferente e ousado, quando busca, além de influenciar a produção normativa -

na seara penal - e axiomatizar princípios, passa a orientar posições jurisdicionais.

Tais diferenças entre as teorias podem ser explicadas pelo objetivo final de suas ideias. Trata-se, pois, de uma dissimetria entre forma e mérito, entre a reflexão filosófica de Hart e a concepção ideológica de Ferrajoli, e é o excesso de concepções ideológicas que entrega à teoria garantista sua manipulação à brasileira, também por ideólogos - não virtuosos -, como veremos adiante.

3. FALÁCIA, IMPUNIDADE E BARBÁRIE: O GARANTISMO À BRASILEIRA

O sistema penal brasileiro é, sem dúvidas, um dos mais lenientes, burocráticos, desproporcionais e problemáticos do mundo. A impunidade que assola o país, então, é pujante, exponencial, revoltante e vergonhosa. A deturpação do garantismo - ou garantismo à brasileira - tem protagonismo na expansão de tais mazelas, vez que a impunidade tem seu lastro engrossado quando travestida de garantias.

Quando não se pune um criminoso, pune-se a vítima. À medida em que a sociedade é chicoteada pelo crime e, vale dizer, pela repressão estatal que tenta combatê-lo, fomenta-se o ódio, a revolta e, por consequência, a barbárie, a corrosão social e a destruição dos valores.

Desta forma, é importante fazer um estudo que investigue e aponte as ideologias falaciosas, as causas e os efeitos factíveis que rondam o garantismo à brasileira, passando por suas práticas e sua internalização em nosso sistema penal e processual penal.

3.1 O MOVIMENTO DIREITO ALTERNATIVO E OS PSEUDOGARANTISTAS

O Direito alternativo teve seu início na Europa, na segunda metade do século XX. As idéias nucleares do movimento são bem claras e, ainda, assustadoras: Os adeptos pregam o fim total da sociedade de mercados e a dissolução do modelo econômico capitalista, o cerceamento dos movimentos liberais - burgueses, segundo eles - e propõem a instalação de um novo sistema hermenêutico jurídico extremamente amplo e subjetivo, a fim de endossar e legitimar suas decisões arbitrariamente laxistas, gerando jurisprudências alarmantes e desproporcionais.

O MDA - como é conhecido o direito alternativo - é um movimento massivamente - e não só - composto por magistrados que, muitas vezes, proferem sentenças lenientes, designam penas alternativas de forma descabida, e, em último grau, até absolvem criminosos inequivocamente culpados, em nome de sua ideologia.

Há, por definição marxista, uma mentalidade revolucionária para os adeptos do MDA.

Os garantistas à brasileira - ou pseudogarantistas - são filhos pródigos do Direito Alternativo, pois gozam, em maioria, da mesma ideologia marxista-revolucionária, onde os fins justificam os meios e onde o mérito precede a forma. O direito alternativo criou lastro no direito brasileiro a partir da década de noventa.

O MDA e os pseudogarantistas trabalham com o *materialismo dialético jurídico*²¹, pois as ideias de Karl Marx submetem a uma crítica severa o *realismo jurídico*²², na visão revolucionária, monopolizado pelo Estado, que, para eles, não observava as questões das classes menos favorecidas.

Ou seja, o Direito deveria sair da seara do Estado burguês e passar a ser obra exclusivamente popular. O aspecto dialético do materialismo jurídico preconizado por Marx implica numa bravata implacável entre os

²¹ O materialismo dialético jurídico pode ser definido como a ideia que atribui ao direito um subjetivismo, pois passa-se o operador do direito a ter seu raciocínio condicionado à estrutura material que lhe cerca.

²² Realismo jurídico é um termo da filosofia do direito usado por aqueles que entendem o sistema jurídico como fato, distanciando-se da metafísica e de visões mais idealistas sobre o direito.

revolucionários (pseudogarantistas) e o direito burguês (Estado de Direito), o que impulsiona o esfacelamento de princípios e normas que conhecemos.

Indubitáveis quanto ao processo dialético idealizado pelo *marxismo*, os pseudogarantistas não fazem senão pôr em prática a sobrepujação do Estado de Direito, se servindo das críticas históricas às instituições jurídicas tradicionais, para subordinar o Direito às suas convicções. Este movimento de subversão do ordenamento jurídico, que é capilarizado pelos pseudogarantistas, é propagado - intrinsecamente ou não - por suas argumentações jurídicas, trabalhos doutrinários e, na prática - e este é o ponto - em suas atuações perante o judiciário. É neste sentido que estes agentes logram seu *modus operandi*, espalhando o relativismo em nome de uma ideologia utópica e comprovadamente fracassada. Para os pseudogarantistas, seu idealismo supõe uma severa alteração da lei, ou pelo menos uma hermenêutica que se adeque a seus moldes, para que as normas possam curvar-se a um novo formato subjetivo, casuístico e monoclar.

O garantista à brasileira trabalha em favor da impunidade, porque seu subjetivismo, na maioria das vezes, é invocado em favor da não punição, o que parece torná-los os jusnaturalistas contemporâneos mais habilidosos em “ginástica mental”, só que, ao contrário dos medievais, o justo natural não vem de Deus, mas da ideologia revolucionária, e, quando a lei versa da forma como os satisfaça, tornam-se os mais valentes kelsenianos já vistos, brandindo seus livros jurídicos e passando a morar no polo norte particular de suas mentes, congeladas pela “letra fria da lei”.

Sob uma retórica benevolente, os pseudogarantistas propõem que a elaboração e interpretação das leis sejam “justas”, “caridosas”, ou embebidas de um forte senso de “justiça social”, o que coloca em xeque a compatibilidade e aceitabilidade da justiça, fazendo com que ela se torne algo absolutamente questionável, entregando à sociedade uma penumbra de insegurança jurídica e incendiando o debate público, o que é perigoso, visto que o controle e coesão de decisões judiciais é o que mantém o Direito como algo crível, sólido e acessível.

Ou seja, uma vez que o poder judiciário usa de idealismos particulares em nome do que é justo, ainda que justo seja, a racionalidade nos faz questionar isso, como salienta Sowell (É Realizações, 2011):

Não pode haver qualquer estrutura judiciária confiável toda vez que juizes forem livres o suficiente para impor, como lei, suas próprias concepções individuais sobre o que é justo, caridoso ou está mais de acordo com a justiça social. Sejam quais forem os méritos ou os deméritos das concepções particulares de alguns juizes em relação a esses termos, não é possível que eles sejam conhecidos antes por terceiros, nem que se apresentem de modo uniforme entre juizes e, portanto, não se configuram como lei no sentido completo do termo, como um conjunto de regras que são previamente conhecidas por todos aqueles que estão sujeitos a elas. (p, 247).

Para que justas sejam nossas leis e sua aplicação, justos devem ser nossos argumentos, nosso procedimento legislativo e nossos debates jurídicos. Sem paixões, ideologias retrógradas e forjada na democracia, bem como no republicanismo, uma lei atingirá seu fim e trabalhará em favor de uma sociedade.

A lei penal - e tudo que está inserido nela -, mais do que todas as outras leis, seja de direito público ou privado, merece atenção especial, pois ela é a lei que prevê, reprime e pune (ou deveria punir) condutas antijurídicas, revelando a prerrogativa coercitiva do Estado, na medida em que deve zelar pelo bem-estar dos indivíduos, proteger e tutelar os bens jurídicos do povo e da nação.

Contudo, para que haja repressão e punição às condutas antijurídicas, tipificadas na nossa lei penal, cuja culpabilidade é cabível, homenageando a teoria tripartida²³ do direito penal brasileiro, é necessário que os crimes sejam investigados e seus autores processados. Ou seja, de nada adianta discutirmos nossa hermenêutica, doutrina, ideologia, jurisprudência ou qualquer outro tema jurídico, sem que haja um fato concreto para que se aplique tais matérias.

Desta forma, é importante apontar como a figura da acusação é demonizada no Direito brasileiro. É neste momento em que se insere o debate entre garantistas integrais e pseudogarantistas, tornando necessário versar sobre

²³ Art. 397, CP, expõe um rol de quesitos para que haja ou não a absolvição sumária do acusado. Tal artigo é usado como base por vários doutrinadores para reafirmar a teoria tripartida do direito penal brasileiro.

este tema que assombra os defensores da sociedade, o que, não se pode negar, também não está apartado de discussões ideológicas.

3.2 FALÁCIA DO ESPANTALHO: A DEMONIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Garantista, do ponto de vista constitucional, nosso modelo penal e processual penal, calcado em direitos e garantias fundamentais, têm sido negligenciado há muito tempo pelo Estado brasileiro e pelos agentes ideológicos, pois o titular da ação penal pública vem sendo demonizado²⁴ tanto pelas instituições, quanto pelos operadores do direito que possuem uma visão monocular do processo penal, os já ditos pseudogarantistas.

Notadamente, a prerrogativa de tutelar (proteger) os bens jurídicos do povo e da nação é conferido, na persecução penal, ao Ministério Público e às forças policiais.

A Constituição Federal traz, além das funções do MP no que tange ao exercício da ação penal e ao controle sobre a atividade policial, atribuições alheias ao processo penal, como: i) zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia²⁵; ii) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos²⁶; iii) promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados²⁷; iv) defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas²⁸.

Trata-se, assim, de uma instituição de garantias, de defesa de direitos da sociedade e da democracia brasileira. Portanto, podemos dizer que o MP brasileiro é essencial para o Estado de Direito. Uma vez que lhe é outorgado

²⁴ Demonizar algo remete à ideia de estabelecer uma visão ruim e reprovável daquilo.

²⁵ Art. 129, inc. II. CF/88

²⁶ Inc. III

²⁷ Inc. IV

²⁸ Inc. V

poderes de defesa de direitos sociais, quando negligenciados pela esfera dos poderes públicos, a instituição deve ser respeitada e vista como relevante no contexto da justiça e preservação da ordem pública.

O MP trabalha na conservação dos direitos, bem como na preservação das instituições e, principalmente, na promoção de justiça. Não se trata de uma função dispensável ou acessória, mas basilar, ainda mais com a função social que lhe foi atribuída pela carta magna, o que faz parte da evolução e aprimoramento do Estado Democrático.

Como assevera Ferrajoli (et. al, Verbo Jurídico, 2017), em participação especial na obra brasileira *Garantismo Penal Integral* escrita brilhantemente por vários juristas pátrios:

[...] todas essas novas funções - desde a defesa até as da ativação do controle de constitucionalidade e da iniciativa contra os atos ilegítimos dos poderes públicos, sejam eles políticos ou administrativos - fazem do Ministério Público uma instituição de garantia dos direitos fundamentais, designando-lhe um papel à altura da mudança de paradigma do direito e das instituições comprometidas com o constitucionalismo rígido das modernas democracias. No passado, no antigo estado liberal e legislativo de direito, as funções de garantia dos direitos fundamentais previstos pela esfera pública por meio da jurisdição e da ação do Ministério Público eram essencialmente as penais: contra as lesões à vida, às liberdades fundamentais e outros direitos considerados dignos de proteção. No estado constitucional de direito, com a introdução dos limites e vínculos constitucionais impostos pela esfera pública à tutela, mais do que dos direitos de liberdade, também dos direitos sociais e dos bens comuns igualmente fundamentais, o papel de garantia do Ministério Público tende a ampliar-se, paralelamente ao da jurisdição, contra lesões provocadas pelos atos inválidos ou pelos atos ilícitos ou pelos inadimplementos gerados pelos poderes públicos. O ordenamento jurídico brasileiro, sob esse aspecto, preencheu, portanto, uma lacuna, ativando e tornando efetiva a garantia secundária e jurisdicional dos direitos e dos princípios constitucionalmente estabelecidos. (p. 56).

Os versos de Ferrajoli acima citados, que remetem à importância do Ministério Público como mecanismo garantista, vêm a homenagear a teoria do garantismo penal proposta pelo magistrado italiano, vez que o garantismo surge como meio de proteção dos direitos e, sobretudo, a defesa da liberdade, enfrentando as arbitrariedades do Estado.

Ora, tais reflexões têm como produto instantâneo o reconhecimento que o MP tem de não ser mais somente órgão acusador, mas também que a instituição

goza de deveres imperativos que lhe cabem inclusive uma prerrogativa de defesa.

Ou seja, podemos dizer que o Ministério Público brasileiro, no Estado de Direito, é mais do que aquele que tutela os bens jurídicos do povo e do poder público, acusando quem os lesa, mas inclusive defende o lesado, quando quem ofende é o poder público. Trata-se, assim, de uma relação ambígua, não podendo, no entanto, o MP ser confundido com o nobre papel da Defensoria Pública.

Contudo, para os garantistas à brasileira, o Ministério Público aponta como uma ameaça, vez que os interesses sociais do órgão vão contra os seus interesses privados - seja pela ideologia ou pelas circunstâncias. Tal visão, por ser falaciosa, como demonstrado, pode ser tratada como um tipo da chamada *falácia do espantalho*.

O espantalho, figura comumente usada em plantações, para representar uma figura humana e espantar possíveis predadores de lavouras, revela a intenção de quem o opera: manipular e distorcer a visão de quem o enxerga, com o propósito de preservar seus interesses. No caso da lavoura, o interesse é proteger a plantação. No caso do processo penal, o propósito é assegurar a impunidade.

É importante dizer, para que esteja claro, que a falácia do espantalho - e o pseudogarantismo - se aplica a qualquer agente jurídico, seja o advogado de defesa, seja o legislador, ou o magistrado, bem como populares e agentes políticos, e, como não é essa a análise feita aqui, exclui-se, portanto, o papel do acusador, o que não importa na impossibilidade deste também usar do artifício, somente não é este o enfoque.

Aviltados pelas derrotas impostas, os garantistas à brasileira passam a criar a falácia do espantalho para atacar o MP²⁹ e forjá-lo como inimigo, ou seja,

²⁹ Ataques ao MP são frequentes e poderosos, afirma presidente da CONAMP em entrevista. CONAMP, 2018. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/2287-ataques-ao-mp-sao-frequentes-e-poderosos-afirma-presidente-da-conamp-em-entrevista.html>>. Acesso em: 11 de nov. de 2019.

passam a demonizar a instituição, como podemos ver nas discussões acerca da operação Lava Jato e no que tange aos crimes de colarinho branco.

Tão grande é o grau de demonização que o MP sofre no país, pelos pseudogarantistas, que estes se valem até de meios criminosos para manipular a prerrogativa de defesa das garantias, a fim de legitimar suas concepções desvirtuadas.

É o exemplo do caso chamado de “vaza-jato”, no qual um grupo de hackers invadiu o aplicativo *Telegram* de inúmeros procuradores da república, sedentos por garantir a impunidade de seus ídolos, procurando de qualquer forma deslegitimar a operação que mais prendeu corruptos na história do país.

Como justificção de seus atos, os acusados de hackear os aplicativos de mensagens dos procuradores da Lava Jato e outras autoridades preconizam que suas atitudes foram políticas, visando efeitos jurídicos, cuja finalidade era anular condenações, pela suposta suspeição do então juiz Sérgio Moro e de interesses escusos dos integrantes do MP, o que, para os hackers, tornariam injustos e portanto anuláveis os processos: clara manipulação da narrativa garantista servindo como subterfúgio para a impunidade.

Nesse malabarismo retórico, revela-se o caráter revolucionário elencado anteriormente no trabalho, onde o mérito precede a forma e os fins justificam os meios.

Assim como na teoria do fruto da árvore envenenada adotada pelo nosso sistema de provas, passar o mérito na frente da forma - ou a carroça na frente dos burros - compromete todo o processo, uma vez que um meio ilícito invocado tem efeito de viciar toda a relação processual.

Desta forma, é necessário dizer que devemos observar e reconhecer todas as prerrogativas outorgadas pela nossa constituição a cada parte da relação processual, bem como respeitar nossos princípios norteadores, como o devido processo legal, seja para punir uma conduta criminosa, como para apurar desvios e abusos que foram invocados para punir tais condutas.

Como se não bastasse a demonização do acusador, como também a falácia do espantalho para tal, os pseudogarantistas - e não podia ser diferente -

possuem, em seu ideário revolucionário, uma visão abolicionista do direito penal.

Ou seja, além de desdenhar e atacar quem acusa, se acusado e condenado, o réu, na visão abolicionista, deve ficar solto, desapenado, partindo do pressuposto do coitadismo e da visão de que todo crime é político (tem motivo *pro bono*).

Tal visão claramente vem a desencontro do que o garantismo penal prega, pois as ideias garantistas apregoam o direito penal mínimo - que estabelece o direito penal como mínimo necessário, excluindo arbitrariedades -, cujo nascimento veio para fazer um contrapeso ao direito penal do inimigo - que preconiza a ideia de que o criminoso é inimigo do Estado, e portanto deve ser punido o mais severamente possível.

Desta forma, é importante adentrar na questão do abolicionismo penal e entender como pensam os abolicionistas (pseudogarantistas), para que sejam contrapostos e descamisados.

3.3 ABOLICIONISMO E PUNITIVISMO: GARANTISMO PARA QUEM?

É pouco comum, no âmbito jurídico, o uso do termo “abolicionismo”. Quando encontramos a palavra, automaticamente lembramos da escravidão. Por conta da conjuntura que engloba o abolicionismo, a palavra causa um mal estar, não por sua definição - benigna, quanto à abolição da escravatura - mas pelo sentimento que envolveu a popularização do termo.

Abolir significa acabar, dissolver, findar. Abolir penalmente tem o mesmo sentido, tendo como objeto direto a pena do condenado ou o crime do qual o agente é acusado. Com efeito, o abolicionismo penal é a definição perfeita para um movimento que visa acabar com as punições, promulgando um verdadeiro Estado de Barbárie, se concretizado.

Engana-se quem pensa que o abolicionismo penal foi simplesmente colocado por algum pseudogarantista. Ao contrário, a teoria tem fortes bases acadêmicas. Assim como o MDA supracitado, calcados no (pós) marxismo -

obviamente -, os abolicionistas penais mais veementes são Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie e, principalmente, o famigerado criminólogo alemão Sebastian Scheerer, o qual trouxe mais a fundo os questionamentos de Mathiesen.

As ideias abolicionistas trabalham, conexas, em duas vertentes, justificadas pelas condições de execução de pena e pela resistência da sociedade perante os crimes não elucidados. Ou seja, o pensamento abolicionista apregoa - perversamente - que se a sociedade suporta os crimes não apurados, ela deve suportar que os apurados também não sejam apenados, como ensina Nucci (Forense, 2014):

[...] o movimento trata da *descriminalização* (deixar de considerar infrações penais determinadas condutas) e da *despenalização* (eliminação da pena para a prática de certas condutas, embora continuem a ser consideradas delituosas) como soluções para o caos do sistema penitenciário, hoje vivenciado na grande maioria dos países. [...] A sociedade, no fundo, segundo o pensamento abolicionista, não tem sucumbido diante do crime, como já se apregou que aconteceria, sabendo-se que há, no contexto da Justiça Criminal, uma imensa *cifra negra*, ou seja, existe uma diferença entre os crimes *ocorridos* e os delitos *apurados* e entre os crimes *denunciados* e os delitos *processados*. (p. 338).

O caráter revelado pela teoria coloca a sociedade à mercê do crime, instaurando, de fato, um Estado de Barbárie. Ora, se o criminoso não tem sequer o perigo de ser apenado, qual o seu pudor quando ansiado a cometer um delito? Nenhum. Não se pode dizer que o abolicionismo vem para apaziguar ou modernizar o sistema penal, como pensam os pseudogarantistas adeptos do movimento, porque o que se revela é um retrocesso.

Veja, ainda que sabida a benevolência do princípio *in dubio pro reo* - ou *favor rei* - (na dúvida, decide-se em favor do réu), tal ideia é simplesmente homogeneizada e desvirtuada, inaugurando um novo princípio, que chamamos de *in quolibet casu pro reo* (em todo caso, decide-se em favor do réu). Ou seja, a pretensão - extrínseca - do movimento que, em tese, seria de um Estado benevolente, transmuta-se - intrinsecamente - em Estado bárbaro, porque utópico e utópico porque impraticável. Ferrajoli (Revista dos Tribunais, 2002) reconhece a impraticabilidade do abolicionismo quando sucinta:

O paradoxo, na verdade, está exatamente nas doutrinas abolicionistas de inspiração progressista, vez que o direito penal

representa o maior esforço realizado para minimizar e disciplinar o arbítrio e a prepotência punitiva. O abolicionismo penal - independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários - configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal - com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias - que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista. (p. 275).

É inegável, pois, a discordância dessa ideia com o sistema garantista imposto por Ferrajoli, vez que, por mais que a teoria do garantismo penal trabalhe com o princípio *in dubio pro reo*³⁰, o sistema prevê que, em caso da verdade real alcançada, o criminoso deve ser punido, à luz do direito penal mínimo, assim como este é assegurado também pelo princípio supracitado, como traz Ferrajoli (Revista dos Tribunais, 2002):

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova - quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva - não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é, na realidade, resolvida por uma presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas. (p. 85).

Vale apontar, entretanto, noutro lado, outro produto pseudogarantista - desta vez, punitivista - que aponta nos sistemas penais: o chamado direito penal do inimigo, sistematizado por Günter Jakobs - ou direito penal máximo - quando o réu é colocado eminentemente como inimigo do Estado, tendo sempre que se aplicar o princípio *in dubio pro societate* (na dúvida, decide-se em favor da sociedade), quando a verdade processual procurada é a verdade formal, assemelhando o Direito Penal ao Direito Civil, o que é extremamente perigoso, pois é a seara penal, digamos, a última instância de um julgamento de mérito, pois o caráter punitivo revela-se imponível e implacável quando invocada tal antítese.

Popular nos Estado Unidos da América (EUA), o direito penal máximo vem intitulado de *tolerância zero*, configurado por uma severidade excessiva,

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Londrina: Revista dos Tribunais, 2002. p. 84.

pujante incerteza e eminente imprevisibilidade³¹. Ainda que às custas do sacrifício de algum inocente, a lei, para essa teoria punitivista, deverá ser cumprida e nenhum infrator sairá impune, sob pena de perverter a sociedade e cometer atos mais graves, assim explica Nucci (Forense, 2014):

[...] Dessa forma, qualquer tipo de infração penal deve ser punido severamente, com o objetivo de servir de exemplo à sociedade e buscando evitar que o agente possa cometer atos mais graves. Uma vadiagem, por exemplo, deve ser punida penalmente, para que não se transforme em furto e, futuramente, em roubo ou até mesmo em latrocínio. (p. 340)

Tecendo críticas à teoria, no mesmo sentido, Ferrajoli (Revista dos Tribunais, 2002) explana:

[...] o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela *incerteza e imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade. Por um lado, com efeito, a equivalência substancialista entre delitos e *mala in se*, ainda quando em abstrato possa parecer um critério mais objetivo e racional do que o nominalista da identificação do delito tal como é declarado pelo legislador, conduz à ausência do limite mais importante ao arbítrio punitivo, que é ademais a principal garantia de certeza: a rígida predeterminação acerca do processo de qualificação do delito. (p. 84).

Tal ideia seria como um tipo de monocularidade *pro societate*, negando garantias aos réus, vez que até o contraditório e ampla defesa podem ser cerceados, tornando o processo algo arbitrário, ainda que com ideário benevolente, caindo no mesmo erro dos abolicionistas: o mérito preceder a forma. De um lado, a ânsia de punir, de outro, a ânsia de não punir.

Como contraponto aos dois extremos, emerge, então, o direito penal mínimo, instrumento do garantismo integral, que vem a apaziguar as discussões entre os pseudogarantistas abolicionistas e os pseudogarantistas punitivistas: de um lado, o caráter monocular referendado pela defesa irrestrita e infundável da inocência do réu, que, até quando refutada diametralmente, ainda é relutante

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 340.

e passa a ser justificada. De outro lado, uma antítese autoritária, que enxerga o processo e direito penal apenas como aparato estatal maximizado, de caráter tão somente punitivo, e não como instrumento democrático. Na crítica ao punitivismo, ensina Greco (Impetus, 2017):

Não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal Máximo nos conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade. Quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra. (p. 15)

Assim, vemos a necessidade de trabalhar firmemente na persecução penal que visa reprimir condutas delitivas gravosas e assim só será possível se reconhecermos que a maximização do direito penal somente incidirá maior deflação de nossa capacidade de tutela penal. Por isso, o direito penal mínimo, equilibrado, parece ser o melhor caminho.

Os principais precursores e adeptos do direito penal mínimo - incorporado pelo sistema garantista - são os Estados Democráticos. Por ser o último recurso de que o Estado faz uso, o Direito Penal revela-se com o caráter de subsidiariedade, pois, para que seja invocado, o Estado deve lançar mão de todos os outros meios de controle disponíveis para proteger um bem valioso à sociedade.

Nota-se, portanto, que para tutelar penalmente um bem, deve ser feita uma análise de relevância deste e, anteriormente, ter verificado se outros ramos do direito (administrativo, civil, etc.) não foram capazes de proteger o bem em questão.

Assim, configura-se, então, o que se entende por direito penal mínimo: a limitação da intervenção do Direito Penal ao mínimo possível e necessário. Contudo, é discutível esse grau de intervenção, o que não poderia ser diferente, pois trata-se de um conceito muito amplo, difícil de determinar o que é o mínimo, o que é o possível e o que é o necessário.

Com base nas reflexões acerca da alcançabilidade do direito penal mínimo, Paschoal (Manole, 2015) elenca o princípio da fragmentariedade do modelo:

[...] o legislador precisará respeitar o princípio da fragmentariedade, que determina que, mesmo sendo um bem merecedor de proteção

mediante o direito penal, nem todas as lesões a esse bem poderão ensejar a incidência desse ramo do Direito [...] não se questiona o fato de a vida ser um bem extremamente precioso para todas as sociedades, estando plenamente justificada a utilização do direito penal em sua proteção. Não obstante, a tentativa de suicídio não enseja a intervenção do direito penal. Do mesmo modo, quando a gravidez é decorrente de estupro ou quando põe em risco a vida da mulher, o ordenamento jurídico admite o aborto. (p. 12)

É notável que mesmo para o direito penal mínimo, que em tese traz racionalidade para a aplicação da lei penal, é necessária uma análise meritória, pois não há regras inequívocas. A equidade é a palavra certa para definir com clareza as decisões que necessitam de apreciação especial.

O direito penal mínimo parece o sistema mais equitativo, destacando-se pelas garantias democráticas, apontando como um sistema que olha os dois lados da relação processual. No entanto, não há, no mundo, sistema penal perfeito, que esteja blindado de manipulações. O direito penal mínimo não se mostra invulnerável aos males do pseudogarantismo. Pelo contrário, ele é justamente o objeto vital da manipulação - por ser garantista integral. Qualquer manipulação do garantismo que seja, incidirá sobre qualquer sistema que seja, de fato, garantista.

Essa ideia é explicitamente demonstrada no prefácio de Bobbio à edição italiana supracitada da obra de Ferrajoli (Revista dos Tribunais, 2002):

Por sua vez, a tese do direito penal mínimo abre sua frente principal contra as teorias do direito penal máximo (que culminam na pena de morte), mas não pode passar por alto das doutrinas abolicionistas ou substitutivistas, segundo as quais a pena, pelo contrário, estaria destinada a desaparecer. Às vezes, os extremos se tocam: a liberdade regrada deve se opor tanto à antiliberal, quer dizer, a qualquer forma de abuso do direito de punir, quanto à carência de regras, ou seja, à liberdade selvagem. O princípio da legalidade é contrário ao arbítrio, mas também ao legalismo obtuso, mecânico, que não reconhece a exigência da equidade, a qual, com expressão tomada da lógica dos conceitos, o autor chama de poder de "conotação", e a presença de espaços nos quais habitualmente se exerce o poder do juiz. (p. 8)

O garantismo à brasileira flerta com os dois lados, porque, como dito anteriormente e afirmado por Bobbio, os extremos se tocam, apesar de, notadamente, na maioria das vezes, pender a manipulação sempre em favor da impunidade, lê-se, em favor do abolicionismo.

Seja para instaurar procedimentos inquisitoriais, seja para usar do materialismo dialético jurídico, o pseudogarantismo emerge sempre que possível, em nome de interesses escusos e, mais uma vez, subvertendo o ordenamento jurídico.

Assim, partindo do ponto de vista abolicionista, tratando da supracitada *cifra negra* - número de crimes não apurados (impunes) - é necessário trazer uma reflexão sobre o cenário em que se encontra tal conceito no Brasil, a fim de expor a verdadeira anarquia penal da qual a sociedade brasileira padece, agravada e referendada pelos defensores da impunidade.

3.4 A MORTE COMO LEVANTE DOS DESAFORTUNADOS: BANDIDOLATRIA E COITADISMO

São Paulo - Capital, dia quatro de maio de dois mil e dezenove. Era cedo. O dia estava começando. Fernando Flávio Torres, de 38 anos, saía de casa para mais um dia normal de trabalho. O trabalhador tira seu carro da garagem, estaciona em frente à sua casa e desce para fechar o portão. No momento em que entra no veículo, dois marginais que passavam em um carro branco desembarcam, o cercam e iniciam incessantes e trágicos disparos contra ele.

Fernando morreu na hora, em frente à sua casa, em uma covarde emboscada. Não teve chance de defesa. A profissão deste trabalhador era a de policial militar. Fernando era Cabo da Polícia Militar do Estado de São Paulo, lotado no primeiro batalhão de polícia de choque – Tobias Aguiar. O cabo era um policial da temida ROTA. Deixou esposa e três filhos pequenos.

Fernando deixou uma corporação entristecida, deixou um batalhão sangrando junto com ele, mas não deixou eco algum na doente sociedade – a quem o policial jurou defender, se necessário, com o sacrifício da própria vida, como vibra-se nos virtuosos quartéis. Fernando virou estatística. Os assassinos não foram identificados. Não houve comoção.

Juazeiro do Norte – Bahia, dia vinte de fevereiro de dois mil e dezenove. A professora Élide Márcia estava em seu veículo familiar, a caminho do trabalho,

com seu marido e filha, ainda em frente de sua casa. Repentinamente, a família foi surpreendida por dois criminosos armados em uma motocicleta. Os marginais desceram do veículo e efetuaram disparos contra o carro da família. Élide, que estava no banco de trás, foi alvejada por ao menos cinco tiros e faleceu na hora, em frente à sua filha pequena, que ficou em estado de choque. Seu marido sofreu lesões por estilhaços, mas a verdadeira dor foi perder a esposa que amava.

Élide, como professora, certamente acreditava no poder do conhecimento, do estudo e da instrução, ela reconhecia o drama dos desassistidos, desde cedo. Élide virou estatística. Os assassinos não foram identificados. Não houve comoção.

Os dois casos têm muitos pontos convergentes. A semelhança que mais incomoda – ou deveria incomodar – é a de que ambos os crimes não foram elucidados. Não se sabe quem cometeu, por que motivo ou se a ameaça ainda permanece. As famílias são reféns do próprio acontecimento, são vítimas permanentes. Pessoas que, além de sequeladas pela perda irreparável, viverão com um medo incessante, verdadeiros prisioneiros de seus traumas.

Tais casos não foram incessantemente mostrados na mídia. A maioria das pessoas troca de canal, não dá bola, acha completamente corriqueiro e normal. Não podemos aceitar que esses e outros milhares de crimes sejam considerados “normais”. A sociedade está doente. Basta fazer uma pequena pesquisa pessoal nos comentários de postagens sobre crimes nas redes sociais. É algo inacreditável. Comentários como “Morreu porque algo bom não fez”, “Deve ser queima de arquivo” ou, os religiosos mais fervorosos: “Castigo de Deus”. O silêncio por si só, já é gritante. O Grito do ódio, então, é ensurdecedor.

Mas a falta de empatia com as vítimas, o descaso da sociedade, o descrédito da população para com as autoridades, a inversão de valores e a atonicidade da mídia são sintomas de uma doença cujo estágio está generalizado: A *bandidolatria*³², que é produto fiel do garantismo à brasileira.

³² A **bandidolatria** se caracteriza pela romantização do agente criminoso.

O pseudogarantismo enxerga, à luz dos problemas sociais, os criminosos como vítimas da sociedade. Sim, esse termo parece clichê, mas faz total sentido, se olharmos para o contexto histórico-social em que estamos inseridos.

No cenário pseudogarantista, os criminosos detêm o monopólio do *coitadismo*³³, são justificados como desafortunados, enquanto que as vítimas são despersonalizadas, porque banalizadas.

A quase convicta impunidade traz a esses agentes do caos uma promiscuidade espantosa no momento de delinquir. Ora, não inibido pelo medo de ser preso, não intimidado pelo laxismo da lei e pela falta de rigidez de quem a opera, tampouco preocupado com as consequências se detido for, o criminoso se sente livre para ferir o bem jurídico de outrem.

Além disso, uma vez corrompido pelo crime e iniciado o *animus offenda* (vontade de ofender), dificilmente o delito cessará, bem como o ânimo de ofender. Como entrega Santo Tomás de Aquino: “*Videtur quod audaces non sint promptiores in principio quam in ipsis periculis*”³⁴ (Parece que os audaciosos não estão mais dispostos no começo do que no meio do perigo).

A probabilidade de um homicida, por exemplo, ser pego, é pífia. A taxa de elucidação dos homicídios no Brasil, além de ser negligenciada por muitos estados, segundo o atlas da violência, foi de menos de 10%³⁵ em 2018 e ficou entre 10 e 20% em 2019:

a taxa de elucidação de homicídios no país é desconhecida (porque sequer se computa), em alguns estados que se conhece, esse índice é baixíssimo, algo em torno de 10% a 20%. Isto para ficar apenas no caso de homicídio. Mas a taxa de investigação também é baixíssima, porque o sistema de investigação está sucateado, obsoleto e sobrecarregado, pela falta de recursos.³⁶

³³ O **coitadismo** é o produto de uma leniência excessiva, a qual trata os criminosos como as verdadeiras vítimas, sempre buscando algo para culpar.

³⁴ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica III**. São Paulo: Edições Loyola, 2003

³⁵ Brasil não soluciona nem 10% dos seus homicídios. GAZETA DO POVO, 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/brasil-nao-soluciona-nem-10-dos-seus-homicidios-d726kw8ykpwh6xm41zakgzoue/>> Acesso em: 13 de nov. de 2019

³⁶ Atlas da violência 2019. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro, p. 95

Isso mostra muito mais do que o fracasso do nosso sistema de investigação, revela também a brutalidade e indignação com as quais as famílias das vítimas têm que lidar.

Os direitos humanos são *tratorados* pela criminalidade. Mais do que isso, são devastados em efeito cascata. Quando um pai de família é morto, todos os seus familiares sofrem as consequências. Os filhos, principalmente, sofrem danos irreparáveis que irão prejudicá-los por muito tempo, isso quando os danos não se perpetuam em suas vidas.

Existem, infelizmente, incontáveis exemplos de crimes que devastaram direitos a perder de vista. Bestialidades que ecoam nos tempos, causando um sonar de gritos por justiça, conclamados pela população, que está cada dia mais cética, amarga, desumana e aplastada. É o início do Estado de Barbárie.

Os pseudogarantistas procuram sempre algo para culpar, menos o próprio criminoso. Invocam as mais vastas teorias criminológicas, apontam questões socioeconômicas que rondam o criminoso, além de analisarem o contexto geral do crime, tudo para buscar justificar o delito de seu coitado desafortunado.

A vítima, por sua vez, assiste a isso tudo de forma incrédula. Não amparado, despersonalizado e escanteado, o ofendido passa a descreer no poder da justiça.

Isso compromete toda a credibilidade que o nosso sistema penal ainda tem, pois os cidadãos médios - alheios a todas essas questões técnicas e criminológicas - só querem ver cumprida a lei. Querem apenas se sentir seguros, em paz.

No entanto, quando essa paz é constantemente negada, forja-se então um senso de justiça deturpado, com base na raiva, no medo, na indignação e na revolta, o que, como já dito, configura o início do Estado de Barbárie. Como ensina Shakespeare: "Ficar enfurecido é revelar-se assombrado de medo."³⁷

³⁷ *Antônio e Cleópatra* (1606-1607) Ato III - Cena XI: Enobarbo

3.5 REVOLTA POPULAR E DESUMANIZAÇÃO: DA INDIGNAÇÃO À BARBÁRIE

Como explicitado anteriormente, uma vez que a sociedade tem seus bens jurídicos constantemente afetados, sem que haja uma resposta do Estado, ou que essa resposta não seja tomada como justa, os ofendidos - e não só eles - passam a temer o crime cada vez mais. O medo passa a atingir os cidadãos de forma hegemônica e devastadora, corroendo-os moral e socialmente. A insegurança passa a prender a liberdade dentro do cárcere do medo.

Ora, uma vez lesada, a vítima tende a estar cada vez mais fragilizada e essa fragilização a faz entrar em um perigoso e primitivo estado de defesa. Daí, as percepções do homem tornam-se taxativas sobre tudo que lhe cerca. Assim, na ausência de normas morais, a apelação do possível³⁸ surge como único caminho.

Como um animal efêmero e acuado, aos cidadãos incrédulos, só restam a violência e a selvageria. A justiça com as próprias mãos passa a ser uma defesa orgânica de toda alma corrompida e machucada pelas bárbaras injustiças que as atingiu.

A partir daí, a pessoa passa a ser cada vez mais desumanizada, ou seja, na medida em que se torna mais primitivo e animalesco, o ser tem seus atributos humanos cada vez mais deteriorados.

Tudo que se aprendeu espiritualmente, tudo que corroborou para a formação de seu caráter, passa a não valer mais nada, esfumaçando-se como pequenas poças d'água em uma tarde quente de verão. Assim, todo o crescimento concreto que a vida daquele indivíduo experimentou, parece anular-se.

Além disso, os direitos humanos, que pressupõem a ideia de proteção dos direitos de todo e qualquer ser humano, sofrem também uma deturpação no Brasil, seja ela prática, analítica ou sistêmica. Não é comum, aliás, que se ouça - falaciosamente -, do brasileiro médio, que os direitos humanos só servem

³⁸ ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**; tradução de Felipe Denardi. Campinas: Vide Editorial, 2016, p.29

para os criminosos e que as vítimas não são assistidas, o que também corrobora tanto para uma maior fragilização e revolta dos ofendidos, quanto para a descredibilização das instituições.

Ou seja, paradoxalmente, os direitos humanos, bem maior assegurado às pessoas, são *tratorados* pela deturpação dos próprios direitos humanos - o que também pode ser produto do pseudogarantismo, porque honra fielmente a monocularidade, que é a ferramenta de desvirtuamento dos ideais garantistas.

Com efeito, o crime inaugura a supracitada *vulneratio naturae* não só no agente, corrompido e manchado pelo desvio, como também mancha a vítima e seus arredores, o que as torna dependentes de auxílio, de acordo com o que ensina o termo trazido por Tomás de Aquino.

Quando o estágio de indignação está altamente avançado, quando o ser perde sua transcendência, seja pelo crime em si, seja por seus efeitos, os ofendidos passam a enxergar tudo apenas com o filtro do ódio, que é produto do medo, cujo resultado é a promulgação extrínseca da irracionalidade: a barbárie.

O Estado de Barbárie é ilustrado, infelizmente, por grupos criminosos de extermínio, por exemplo, que só se criam porque há uma lacuna de poder do Estado: a chamada impunidade. Os grupos de extermínio são ilustrativos porque, de fato, a revolta chega em um estado irremediável, tornando o revoltoso aquilo que ele mais repugna: um criminoso sem escrúpulos.

Ainda que, na mente dos revoltosos, tais reprováveis condutas que adotam sejam morais, “é impossível desculpar as consequências maléficas de atos morais pela moralidade ou nobreza de intenções do agente. A intenção moralizadora não justifica a imoralidade da ação.”³⁹

Nota-se, no ideal dos grupos de extermínio, um corrompido e deturpado senso de justiça, que foi corroído, como já dito, pelo cenário de displicência penal (não punição ou uma punição não justa para um crime) e pela sensação de insegurança e impunidade.

³⁹ VOEGELIN, Eric. **Reflexões autobiográficas**. São Paulo: É Realizações, 2008, p. 32

Essa displicência - ou anarquia - penal, que gera a revolta, bem como corrói moralmente o indivíduo, assola as relações sociais e traz o homem de volta a seu estado bárbaro, porque irracional. Ponderação, ética, moral e racionalidade são escanteadas face aos sentimentos de ódio e indignação.

Este cenário revela-se perigoso, pois quando as razões são deixadas de lado, “as emoções podem precipitar a pessoa numa espiral de aventuras idealistas e ideológicas em que os fins se tornem mais fascinantes que os meios”⁴⁰. Ou seja, as inclinações perversas de quem procura “justiça” por si mesmo - com as próprias mãos - fascina os revoltosos, porque estes estão cegos por seu ideal e de tudo farão para ceder a essas inclinações. Isso é contrário ao próprio ideal de justiça no qual embasam suas atitudes.

Um caso bárbaro de “justiça” com as próprias mãos que chocou o Brasil, ocorreu em um supermercado localizado na zona sul de São Paulo, onde um jovem negro foi despido, encarcerado e chicoteado por dois seguranças do estabelecimento, após ter furtado uma barra de chocolate.⁴¹

O caso foi registrado com imagem e som do circuito interno de segurança do supermercado e as cenas são estarrecedoras. O panorama remete aos mais bárbaros anos de escravidão que o povo negro sofreu no Brasil. Foi uma verdadeira sessão de tortura, onde os agressores - revelando seu estado animalesco - ainda debocharam e ameaçaram ainda mais a vítima, deixando claro que aquela barbárie era uma punição para o furto do chocolate, mas que, segundo eles, “poderia ter sido pior”.

Esse crime é um claro retrato do estado de barbárie e revolta popular em que vivemos. Dois agentes de segurança, cujo dever seria garantir o bem estar e a ordem do local, praticaram um brutal ato de tortura, à sombra das práticas mais nefastas - em tese - findadas no século XIX. Para - supostamente - punir

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Adolescente é despido, amordaçado e chicoteado por furtar chocolate. FOLHA DE S. PAULO, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/amp/cotidiano/2019/09/adolescente-e-despido-amordacado-e-chicoteado-por-furtar-chocolate.shtml>>

um criminoso, os dois seguranças cometeram crimes muito mais graves, que são completamente desproporcionais ao pequeno furto praticado pelo jovem.

Assim, podemos dizer que há, de fato, também uma crise de racionalidade vigente no Brasil. As pessoas, cansadas da criminalidade e incendiadas pelas práticas pseudogarantistas, somadas à impunidade, passam a relativizar o que é ético e moral. Os fins passam a justificar os meios - máxima pseudogarantista - através de um sentimento primitivo que chamamos de *revolução penal pessoal*, uma espécie de autotutela irracional onde o justo penalmente é concebido e praticado pessoalmente pelo indivíduo corrompido.

Na forma desta corrupção das faculdades humanas, inaugurada pela crise de racionalidade, produto da revolta e da indignação, causadas pela impunidade (efeito cascata), o desespero e a descrença emergem como um perigoso núcleo central.

O imediatismo, então, é invocado como solução para tal desespero, porque, sedentos por justiça - e com seu conceito já em frangalhos - as pessoas de moral corrompida atropelam os princípios basilares éticos e morais, atingindo frontalmente o Estado de Direito, subvertido pelo estado de barbárie em que vivem seus cidadãos.

A corrupção moral é a equação que resulta na desumanização do homem, que, para o filósofo Eric Voegelin⁴², tem seu conceito definido através da resposta de duas questões: quando o homem se descobriu como tal e o que ele descobriu ser.

Junto com os questionamentos, Voegelin trouxe também as respostas, que têm a mesma semântica: o homem se descobre como tal e descobre ser quem é, através da descoberta da razão e do espírito. A razão, nascente da sociedade grega, propagada pelos ensinamentos dos filósofos socráticos, expandida por Alexandre Magno, o grande, revela um poderio quase biológico e inconsciente do mecanismo racional - inatismo.

⁴² VOEGELIN, Eric. **Hitler e os Alemães**. São Paulo: É Realizações, 2008. p. 117-118

O espírito, por sua vez, apresentado, primeiramente, aos israelitas, quando abertos às palavras de Deus, inaugurou uma gama transcendental no que tange ao conceito do que é o homem. Não é severo dizer que a perda da racionalidade, da espiritualidade e da transcendência endossam a desumanização, vez que o homem, já com sua razão e moral lesada, vem a perder também o sentimento transcendental e seu conceito sobre si mesmo e sobre os outros, pois, em tese, é a espiritualidade o elo entre os indivíduos.

Podemos dizer que todos esses fatores, imbuídos sentimental e irracionalmente nos indivíduos, corroboram para a perpetuação do Estado de Barbárie, ou, ainda, concorrem para o agravamento da revolta popular.

Como se não bastasse a revolta popular e a desumanização do homem, onde a sociedade luta contra seus próprios monstros hipertrofiados pelo medo, há também as questões penais, processuais e de execução de pena que endossam diretamente o sentimento de injustiça que o povo padece, fincando ainda mais a faca da impunidade já introduzida no coração do brasileiro, pois, uma vez que um criminoso confesso e reincidente faz mais uma vítima, o sangue e o sofrimento desta pobre ovelha irradia para todas as outras.

3.6 O PREÇO DA IMPUNIDADE: QUEM POUPA O LOBO, CONDENA AS OVELHAS E BANALIZA O MAL

Como num conto de fadas macabro, a figura do lobo aparece para causar medo, instigar o sentimento de aflição, insegurança e temor sobre o animal e suas imprevisíveis atitudes. Implacáveis na caça, frios e calculistas nos métodos, no entanto, em menor número, porém com mais forças, os lobos emergem como vilões na maioria das histórias que conhecemos.

As ovelhas, por sua vez, frágeis, apesar de estarem sempre em maior número, compartilham o medo provindo dos lobos, se aglomeram, obedecem a ordens de seus pastores, alienadas porque amedrontadas e amedrontadas porque ignorantes.

Os lobos representam os criminosos perigosos, enquanto que as ovelhas representam a sociedade. Neste cenário, podemos notar que a vulnerabilidade das ovelhas sobrepõe sua vantagem numérica, à medida em que os lobos as subvertem, no galgar de sua exponencial frieza e brutalidade.

Como já dito, frio e calculista no método, o lobo escolhe sua presa, planeja o cenário, espera pacientemente o momento certo, ensaia o golpe e parte para o ataque.

Infelizmente, não faltam exemplos para ilustrar tal comportamento, trazendo-o para o cenário real, como é o caso Mariana Bazza.⁴³

O caso ocorreu numa terça-feira de setembro, pela manhã, quando Mariana estava saindo da academia e se deparou com o pneu de seu carro furado. Vulnerável e sem saber o que fazer, Mariana aceitou a ajuda de um rapaz. Rodrigo, que ofereceu ajuda, era nada mais do que um lobo forjando um cenário de ataque. O criminoso havia furado o pneu do carro da jovem, para que ela precisasse de ajuda e, então, se ofereceu para ajudar, levando, dessa forma, a moça e seu carro para uma chácara que havia perto do local.

Mariana, jovem, cheia de vida, foi estuprada, morta e teve seu corpo jogado em um canal na cidade de Bariri-SP. O caso refletiu fielmente a postura do lobo e da ovelha, e a impunidade cobrou seu preço, pois, a indignação e a revolta das pessoas que tomaram conhecimento do caso se tornaram ainda maiores quando foi revelada a ficha criminal de Rodrigo.

O sujeito já havia passado cerca de doze anos preso, condenado por diversos furtos, extorsão, tentativa de latrocínio contra uma policial civil, estupro e mais outros delitos. As vítimas dele sempre eram mulheres.

Na visão do pseudogarantista, Rodrigo estava pronto para retomar sua vida, afinal ele fez jus à progressão de pena, e estava solto há pouco tempo, antes de acabar com a vida de Mariana.

⁴³ Jovem de 19 anos desaparece após sair de academia no interior de SP. G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2019/09/24/jovem-de-19-anos-desaparece-apos-sair-de-academia-no-interior-de-sp.ghtml>> Acesso em 20 de nov. de 2019

Por ser implacável, o ataque do lobo sempre é o ópio e também o destino já aceito das ovelhas, uma vez que, desprotegidas (desarmadas) e desacreditadas, o rebanho tende a se contrair cada vez mais e o medo passa a se fazer cada vez mais presente, até que se acabe por banalizar o sofrimento, pois, como entrega Shakespeare: “O sofrimento, se excessivo e demorado, deixa-nos insensíveis à dor”.⁴⁴

Por ser o algoz do rebanho (sociedade), quando o lobo (criminoso violento) é afagado, romantizado e, sobretudo, agraciado com a impunidade, ou seja, quando os valores se invertem, a condenação das ovelhas a seu ópio revela-se um simples cumprimento de seu destino. Logo, quem poupa o lobo, não só condena as ovelhas, mas concebe a aceitação de que é isso o que sempre esteve reservado a elas. Não podemos deixar que haja essa banalização do mal.

Além disso, quando uma ovelha se levanta contra seu destino já desenhado, e luta - legitimamente - pela defesa de seus pares, a nobreza dela também não é reconhecida, o que fomenta ainda mais a banalização do mal.

É o caso do morador de rua Francisco Erasmo Rodrigues de Lima, ex-presidiário, alcoólatra, divorciado e pai de quatro filhos, que foi morto a tiros em um ato heroico. Um homem marginalizado, que, certamente, vivia em um submundo, esquecido por seus pares, entregou sua vida para salvar a de uma senhora, a qual ele não conhecia, que era feita refém de um criminoso foragido.⁴⁵

O criminoso que matou Francisco já era, na época dos fatos, condenado por tentativa de homicídio, tentativas de furtos, lesão corporal, resistência à prisão e tráfico de drogas. Ou seja, este lobo vitimou uma ovelha, mesmo ele já sendo condenado por outros crimes e vitimado outras ovelhas. O preço da impunidade é caro para ser pago sozinho.

⁴⁴ *Vida e morte do Rei João (1596-1597)* Ato V - Cena VII: Príncipe Henrique

⁴⁵ ‘Deu a vida dele por mim’, diz mulher feita refém na Catedral da Sé, em SP. G1, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/09/deu-vida-dele-por-mim-diz-mulher-feita-refem-na-catedral-da-se-em-sp.html>> Acesso em 20 de nov. de 2019

Casos como esses nos trazem vários questionamentos sobre a funcionalidade e justiça dos nossos sistemas penais, processuais e de execução de pena, vez que cabe a nós refletirmos sobre o nosso ordenamento jurídico, aprimorando-o, evoluindo-o e propondo inovações que sejam benéficas e que tenham aplicabilidade integral, fugindo de respostas simples, casuísmos e, principalmente, manipulações.

As manipulações se revelam em todos os lugares, em todos os níveis e poderes. Seja no âmbito executivo, legislativo ou judiciário, os instrumentos do direito estão sempre suscetíveis ao desvirtuamento, à cegueira deliberada e às manipulações de todos os gostos.

Como guardião da Constituição Federal e poder máximo do judiciário brasileiro, o STF não está blindado desses males.

Assim, se faz necessário aprofundar os estudos e questionamentos acerca da manipulação do discurso garantista em nossa suprema corte, para que trabalhe em favor do aprimoramento do nosso sistema de justiça.

4. A MANIPULAÇÃO DO GARANTISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em primeiro plano, é preciso ter em mente que o STF é uma instituição basilar na democracia brasileira e é a representação maior do Poder Judiciário do Brasil. No entanto, tal nobre função não lhe torna irretocável, perfeita ou blindada de manipulações.

O grande problema da manipulação pseudogarantista no STF é que, na esmagadora maioria das vezes, essa manipulação é feita com a pretensão de assegurar a impunidade, em especial, dos criminosos de colarinho branco, os quais, basicamente, ou possuem altos cargos públicos e fazem gozo do foro por prerrogativa de função, ou alcançam a corte por meio dos vastos recursos materiais - e processuais - que possuem.

Partindo deste pressuposto, é preciso ter em mente que a teoria do garantismo penal, idealizada por Ferrajoli, muitas vezes, não é usada de forma literal ou

direta, mas sim sua mensagem é internalizada nos discursos, votos e decisões dos ministros da corte, bem como a mensagem geral do garantismo é ecoada, uma vez que prega o respeito e a defesa máxima dos direitos e prerrogativas das partes.

Basta uma análise rápida para que possamos, sumariamente, entender que garantir direitos não pode ser sinônimo de garantir a impunidade, vez que a ideia de proteção máxima dos direitos pressupõe, acima de tudo, a defesa máxima também dos direitos coletivos que, no caso dos crimes de colarinho branco, por exemplo, no crime de corrupção, são diretamente afetados.

Além disso, no STF, o discurso ferrajoliano que prega a necessidade de uma proteção extremada do réu, por sua vulnerabilidade - seja ela social ou econômica -, no processo penal, é dirimida, vez que para chegar à Suprema Corte, o réu certamente não faz jus a tal estereótipo.

4.1 O PAPEL DA CORTE E O DELEITE DO FORO PRIVILEGIADO

Inicialmente, para que possamos entender as funções e o papel histórico do Supremo Tribunal Federal, é interessante passar brevemente por sua história, cumprida no próprio *site* institucional da Corte.⁴⁶

As primeiras figuras máximas de justiça que as terras brasileiras puderam enxergar foram as do Governador-Geral, Tomé de Souza e Pero Borges, no posto de Ouvidor-Geral. Tais autoridades foram outorgadas por D. João III, em 1548, mediante a criação de um Governo-Geral, que foi a resposta do Rei de Portugal ao fracasso dos forais das capitanias hereditárias⁴⁷ até então vigentes.

Após este modelo, ainda houve os chamados Tribunal da Relação (1751), Casa da Suplicação (1808) e, a partir de 1824, a corte máxima passou a ser

⁴⁶ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>>

⁴⁷ As **capitanias hereditárias** eram uma forma de administração do território colonial português na América, concedidas pelo Rei a fim de descentralizar o poder e facilitar a administração dos territórios.

chamada de Supremo Tribunal de Justiça, mediante promulgação de nova constituição no referido ano.

Finalmente, em 1890, mediante decreto⁴⁸ que reorganizou a justiça federal na época, a corte foi batizada como Supremo Tribunal Federal, denominação oficial vigente até hoje. Cumpre salientar, aliás, que entre 1934 e 1937, o órgão foi chamado de Corte Suprema, termo que, após a carta de 37, que referendou o Estado Novo, foi suprimido e a denominação anterior foi retomada e permanece até os dias atuais.

A composição da corte mudou com o passar dos anos, com as novas constituições e os apuros políticos que o país viveu⁴⁹, passando não somente por renovações de seus quadros, como também por reestruturações e alternâncias de funções e competências.

No que nos toca, a CF/88 outorgou a Corte como guardiã máxima da carta magna, realçando tal nobre competência do órgão e atribuindo suas prerrogativas e atribuições através dos Artigos 101 a 103.

O papel constitucional do STF é, além de guardar a Constituição Federal, garantir e revisar processos que tocam à constitucionalidade e legalidade, e, até, o processamento e julgamento de matérias constantes em um vasto rol entregue pelo Art. 102 da carta magna, com enfoque, neste momento, para as *alíneas b, c e d*, constantes no inciso I do referido artigo, além do que traz, também, o Art. 53 da carta.

Tais dispositivos constitucionais versam acerca do que é conhecido popularmente como foro privilegiado, que é um nome comum para o chamado foro por prerrogativa de função, apesar da primeira denominação ser conflitante no que toca à doutrina.

Além disso, corroborando e delimitando a matéria, ao tratar da competência, o Código de Processo Penal brasileiro versa sobre o foro privilegiado nos seus artigos 69, inc. VII, 84, 85 e 87.

⁴⁸ Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890.

⁴⁹ Ditadura Vargas, Ditadura Militar, etc.

Apesar de não se tratar de uma prerrogativa tão somente brasileira, o foro por prerrogativa de função, no Brasil, por sua abrangência extremada e vigorosa promiscuidade, é apontado como um dos maiores causadores de impunidade que se pode conhecer.

As garantias e a proteção do julgamento dos agentes abrangidos vão além de todas as outras já elencadas como princípios norteadores dos processos no país, vez que, além de respeitadas todas essas garantias, os processos que tocam os agentes privilegiados dependem de empenho da corte, o que é preocupante, por conta da morosidade do tribunal, dado o abarrotamento de processos que tramitam no STF, bem como os pedidos de vistas, que é um mecanismo que um ministro pode usar para “sentar em cima”, por assim dizer, de um processo.

Tal morosidade, bem como a dificuldade em conseguir números que denunciam a impunidade causada pelo foro privilegiado são perfeitamente expressas por Mattos (Livraria do Advogado, 2018):

O acesso às estatísticas do STF em relação ao foro privilegiado não é tarefa das mais fáceis. Em primeiro lugar, o pedido de informações no sítio eletrônico fundamentado na Lei de Acesso à Informação apresenta pouco resultado prático. Até pouco tempo, inclusive, a Corte Suprema mantinha inquéritos ocultos, não acessíveis ao público. Também, muitas vezes, os dados divulgados são contraditórios, dificultando a certeza da informação, inexistindo uma base de dados confiável e acessível. Foi somente com um estudo da Fundação Getúlio Vargas-FGV, o STF em Números que foi possível expor a situação da principal Corte do país. [...] Os primeiros dados compilados são de 2007, em que um estudo da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) revelou que desde 1988, ano da aprovação da Constituição brasileira, até maio de 2006, nenhuma autoridade havia sido condenada no Supremo Tribunal Federal (STF) nas 130 ações protocoladas, sendo que 13 processos prescreveram antes de ir a julgamento, e seis que foram julgadas resultaram na absolvição dos envolvidos. [...] informações da Revista Congresso em Foco, em 2013, atestam que dos 594 parlamentares federais (81 senadores e 513 deputados federais), 224 congressistas respondiam a 542 inquéritos ou ações penais no Supremo Tribunal Federal. [...] se fossem 200 parlamentares com pendências judiciais, o STF demoraria, numa visão otimista, 400 sessões plenárias para analisar o recebimento da denúncia e julgar a acusação. Em outras palavras, seria mais de meia década para a conclusão de todos os casos! (p. 63-64)

Tais observações reforçam ainda mais o sentimento de impunidade que paira sobre a justiça brasileira, porque os réus que detém o foro privilegiado são os chamados criminosos de colarinho branco, porque ocupam cargos importantes

nos poderes da república.

Como Mattos observou, muitos processos não foram julgados em um longo lapso temporal e, ainda, dos que foram julgados, não houve sequer uma condenação - o que é, no mínimo, intrigante.

Além disso, pela morosidade, uma parte preocupantemente considerável dos processos estudados (10%) acabou prescrevendo. Ora, tal taxa é absurda, pois, se partirmos desse pressuposto, em larga escala, com o passar dos anos, a impunidade passa a crescer cada vez mais, pois a tendência é o aumento de tais números.

Há, portanto, indubitavelmente, um deleite no que toca o uso do foro por prerrogativa de função, o que não deixa de ser uma manipulação pseudogarantista, pois não há razoabilidade alguma para justificar tal prerrogativa e isso acaba reforçando a impunidade, principalmente, no caso de crimes de colarinho branco, onde a sociedade é a vítima e o bem jurídico lesado é, em larga escala, o patrimônio público.

Uma vez constante em lei, as garantias, sem dúvidas, devem ser respeitadas, no entanto, a lei tem que ser para todos, pois, como lembra Mattos, fazendo alusão ao então juiz Sérgio Moro, na sentença que condenou o ex-presidente Lula: “não importa o quão alto você esteja, a lei ainda está acima de você”⁵⁰.

Assim, é necessário que essa ânsia pseudogarantista se aparte do nosso sistema processual penal, pois o foro por prerrogativa de função é produto claro de uma garantia que se transmuta rapidamente em impunidade, quando invocada.

A retórica pseudogarantista atinge o STF não só imbuída em nosso ordenamento jurídico, como também passa a nortear o pensamento de alguns ministros, como foi expressado no julgamento que tratou de uma ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) que reclamava a constitucionalidade do Art. 283 do CPP (Código de Processo Penal) outrora suprimido pela Suprema

⁵⁰ MATTOS, Diogo Castor de. **O amigo do direito penal: por que nosso sistema favorece a impunidade dos criminosos de colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados 2018, p. 250

Corte. Trata-se da discussão da prisão após segunda instância.

4.2 A DISCUSSÃO SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Não podemos ser levianos e afirmar que todos os ministros que são a favor da prisão somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória estão contaminados com a ideia pseudogarantista que visa somente proteger direitos do réu, em detrimento dos princípios processuais e dos interesses do Estado e das vítimas. No entanto, nota-se, em alguns dos votos - e analisando o perfil de alguns ministros - que essa mazela não está distante de tal discussão.

É o caso do Ministro Gilmar Mendes que, até 2016 - ano no qual houve o julgamento pró prisão em segunda instância - era a favor do cumprimento de pena após a condenação em segundo grau, mas, em 2019 mudou seu posicionamento alegando que: "O que o STF decidiu em 2016 era que dar-se-ia condição para executar a decisão a partir do julgado em segundo grau. Ou seja, decidiu-se que a execução da pena após condenação em segunda instância seria possível, mas não imperativa"⁵¹.

O ministro seguiu tecendo críticas ao posicionamento que outrora mantinha, dizendo, aliás, que sua mudança de posicionamento ocorreu por conta de um desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram perpetrar em relação à decisão do STF em 2016. Ora, parece muito cômodo ao Ministro mudar de opinião tão rápido e com argumentos tão rasos, ainda mais em um momento em que inúmeros criminosos de colarinho branco estavam presos, dada à decisão de 2016. Indubitavelmente, um casuísmo pseudogarantista.

Obviamente, a CF deve ser respeitada e esse é o papel supramencionado do STF. No entanto, interpretá-la de forma fundamentada nada mais é do que a prerrogativa que é conferida a cada ministro. Logo, quando uma decisão ou uma mudança de posicionamento tão obscura ocorre, é justo que se

⁵¹ Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, vota Gilmar Mendes. ConJur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/gilmar-mendesvota-execucao-antecipada-pena>> Acesso em 26 de nov. de 2019

questione.

Salvo melhor juízo, para que tenhamos um país justo e seguro, bem como um ordenamento jurídico firme, sólido e acessível, devemos trabalhar pela instauração da segurança jurídica e lutar para diminuir as imprevisibilidades que nosso sistema penal ainda possui.

Assim, nos surge um questionamento sobre a razão pela qual a Suprema Corte alterou várias vezes a interpretação acerca do momento em que a execução da pena deve ser iniciada. Não seria esta uma postura que atenta à segurança jurídica do país? Sem dúvidas, sim.

A ideia de barrar a prisão após condenação em segunda instância já era preocupante, aliás, aos olhos do mundo, como explicitado até pelo chefe anticorrupção da OCDE⁵² (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) o qual teceu críticas ao tema hoje já consolidado pelo STF. Uma autoridade do grupo econômico mais importante, quiçá, do mundo, afirmou que essa postura é um sinal 'muito ruim'. Ora, tal explanação nos remete a um pensamento de que, uma vez que um bloco que conta com os países mais desenvolvidos do mundo critica nossa posição, oficialmente, estaríamos nós à margem deles?

Levando em consideração que a maioria dos países integrantes do bloco executam a pena do condenado logo em primeira ou segunda instância⁵³, e que o sistema de justiça deles é menos moroso, menos burocrático e mais eficiente que o nosso, infelizmente podemos dizer que sim. Estamos à margem, jurídica, pelo menos. Estamos atrasados. Isso nos faz questionar e discutir soluções.

Dentre os argumentos contrários à prisão em segunda instância, destaca-se a defesa da constitucionalidade do Art. 238 do Código de Processo Penal (objeto

⁵² Barrar prisão após 2ª instância será 'sinal muito ruim' para o mundo, diz chefe anticorrupção da OCDE. G1, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/barrar-prisao-apos-2-instancia-sera-sinal-muito-ruim-para-o-mundo-diz-chefe-anticorruptao-da-ocde.ghtml>> Acesso em: 25 de nov. de 2019

⁵³ Prisão após condenação em 2º instância é permitida nos EUA e em países da Europa. BBC News, 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43480154>> Acesso em 26 de nov. de 2019.

da ADC julgada favorável pelo STF), face ao inc. LVII do famigerado Art. 5º da Constituição Federal, que trata do princípio da presunção de inocência. O texto da carta diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, os defensores da prisão somente após o trânsito em julgado emergem como garantidores da presunção de inocência, com a retórica de que a culpa - mesmo ela sendo analisada somente até o segundo grau - mesmo incontroversa, é passível de recusa, vez que a análise processual do litígio seria tão importante quanto a análise de culpabilidade e que, não consonantes estas, haveria uma violação dos direitos fundamentais do réu.

Ocorre que o mesmo Art. 5º da CF traz, em seu inc. LXI a seguinte redação: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Ora, seria uma decisão escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, além de um mandado de prisão cautelar, uma sentença penal ou um acórdão? Pensamos que sim. Aliás, é com fulcro neste dispositivo legal que as prisões temporárias encontram sustentação.

Além disso, fazendo uma comparação dos termos da lei, friamente, a redação do inc. LVII versa acerca da culpa, não da prisão. Logo, podemos dizer que, baseando-nos em outros tipos de prisão permitidas pelo nosso ordenamento jurídico, há cumprimento de pena sem que a culpa seja sequer analisada em sede de julgamento, como nas hipóteses de prisão preventiva e prisão em flagrante.

Ainda que não façamos tal afirmação kelseniana, aludindo à frieza da lei, podemos analisar noutra seara. Veja, como sabemos, a análise de culpa é feita, em último grau, na segunda instância, restando, para os tribunais superiores, a análise processual. Ora, se a análise de culpa já foi esvaziada, logo, a culpa está provada e não há o que se falar em dirimção do princípio da inocência ou violação de direitos do réu.

Assim entrega Fischer (et. al. Verbo Jurídico, 2017):

Sempre defendemos que a execução das penas privativas de liberdade na pendência de recursos de natureza extraordinária (extraordinário e especial) não ofenderia o princípio da inocência, inculcado constitucionalmente. [...] à luz do direito comparado, não há violação a direitos fundamentais de réus processados e condenados à exigibilidade de cumprimento das penas na pendência de recursos extremos. Com efeito, em sede de recurso extraordinário, como primeira premissa, não se discute *culpa* ou *inocência* do agente criminoso já condenado pelas instâncias competentes (o tema resta precluso nas instâncias ordinárias). (p. 83-84)

Assim, a presunção de não culpa, automaticamente, passa a ser presunção de culpa, pois esta se torna incontroversa e conseqüentemente (na prática) transitada em julgado após o acórdão condenatório na segunda instância, restando ao réu a defesa processual. Dessa forma, o princípio de presunção de não culpa não se faz incompatível com a prisão antes do trânsito em julgado. Como ilustra Mattos (Livraria dos Advogados, 2018), trazendo, inclusive, uma alternativa à defesa neste cenário:

O princípio da presunção da não culpa não é incompatível com a prisão antes do trânsito em julgado. Do contrário, as prisões cautelares seriam inadmissíveis. Ao chegar aos tribunais, não é razoável que a ação penal tenha que esperar o julgamento colegiado de embargos declaratórios. Os embargos têm por única função aclarar pontos específicos nos acórdãos condenatórios ou de agravos regimentais interpostos em face de decisões monocráticas, proferidas após a condenação. O mais adequado seria que o trânsito em julgado ocorresse com o acórdão condenatório. [...] Para o caso de eventual anomalia no acórdão condenatório, seria possível o pedido liminar de *habeas corpus* em face de mandado de prisão para o tribunal imediatamente superior, sem que o trânsito em julgado do feito fosse obstado. Assim, caso houvesse uma ilegalidade no acórdão do tribunal inferior, a cognição do *habeas corpus* seria suficiente para afastar a possibilidade de prisão ante a concessão liminar do relator. (p. 90-91).

Dessa forma, podemos concluir que a prisão após condenação em segunda instância é mecanismo democrático, produto de um garantismo integral, que zela, não só pela paridade de armas no processo, mas também logra êxito no combate à impunidade que, como já visto, quando aumentada, agrava os problemas sociais.

Outro fato que corrobora para a tese que defende a prisão em segunda instância é que apenas uma minúscula porcentagem (menos de 1%) dos casos julgados pelo STJ são revertidos em benefício do réu, como mostra

levantamento do ano de 2018.⁵⁴

Embora haja a idéia benevolente de que a presunção de inocência deve ser absoluta e não deva haver prisão do réu antes do trânsito em julgado, ela esbarra em outro problema jurídico-social brasileiro: a seletividade penal, causada pela vulnerabilidade econômica de grande parte dos réus. Um processo extremamente longo, demanda esforços pecuniários, como honorários advocatícios, custos processuais e custos recursais.

À grosso modo, quem tem dinheiro vai até o final, quem não tem, vê o processo terminar bem antes, salvo raros casos em que a deficitária defensoria pública⁵⁵ - que atende uma pequena parcela dos réus - atue para que isso não ocorra, ou algum bom advogado atue *pro bono*.

Ainda que as decisões revertidas em benefício do réu sejam maiores nos casos defendidos pela defensoria pública⁵⁶ do que por advogados particulares nos tribunais superiores, sua escassez inaugura um cenário desigual, pois a maioria dos réus não é assistido, dado o déficit de defensores. E, ainda, é notório que os recursos impetrados pela defensoria são sempre razoáveis e fundamentados, por isso sobressaem sobre os recursos dos advogados privados, o que corrobora para a ideia de que a maioria dos recursos destes pareçam ser meramente protelatórios - o que não desabona o exercício da advocacia, pois é justamente para explorar os recursos que a lei traz que existe a nobre função do advogado.

A demora e a dilatação de um julgamento interessam aos criminosos de colarinho branco, os quais gozam de vastos recursos econômicos. Logo, a protelação da execução de pena os favorece brutalmente.

Nessa ótica, percebe-se que é necessário que se estabeleça a prisão antes do trânsito em julgado, para que haja um cenário com mais equidade,

⁵⁴ STJ reverte menos de 1% das condenações em 2ª instância. O GLOBO, 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/stj-reverte-menos-de-1-das-condenacoes-em-2-instancia-22357405>> Acesso em 26 de nov. de 2019.

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>> Acesso em 26 de nov. de 2019.

⁵⁶ Defensoria pública supera advogados particulares em casos revistos por STJ e STF. Folha de São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>> Acesso em 26 de nov. de 2019.

permitindo a penalização dos mais poderosos e diminuindo o prejuízo dos mais vulneráveis ante a falta de acesso aos órgãos judiciais e, conseqüentemente, a diminuição da interposição de intermináveis recursos meramente protelatórios que corroboram para o prolongamento da impunidade. É o próximo tema a ser discutido.

4.3 RECURSOS *AD INFINITUM*: PROTELAÇÃO

O direito aos recursos no processo penal brasileiro é mecanismo democrático, que visa assegurar as garantias das partes na relação processual, calcando-se nos riquíssimos princípios constitucionais outorgados pela nossa constituição cidadã.

O âmago dos recursos se dá, basilarmente, no princípio do duplo grau de jurisdição, que garante o direito do reexame das decisões por um órgão jurisdicional diverso daquele que proferiu uma decisão.⁵⁷

A partir desse pressuposto, os recursos, por parte do acusado, emergem como alternativa ao descontentamento da defesa em face de uma decisão judicial, até que se esvaziem e dê-se, então, o trânsito em julgado.

O ordenamento jurídico brasileiro, na seara penal, prevê diversos tipos de recursos, de diferentes espécies, tendo como objeto os mais variados efeitos, seja no âmbito da primeira instância ou no campo dos tribunais colegiados.

Em face ao juiz singular, cabem: i) recurso em sentido estrito (art. 581, CPP); ii) apelação (art. 593, CPP); iii) agravo em execução (art. 197, LEP); iv) carta testemunhável (art. 639, CPP) e v) correção parcial (disposta em leis ordinárias e regimentos internos de órgãos jurisdicionais).

No que tange aos tribunais - e este é o cerne neste momento -, os recursos disponíveis são: i) embargos de declaração, dirigidos a qualquer colegiado (art. 619 e 620, CPP); ii) embargos infringentes, direcionados também a qualquer

⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 835

colegiado (art. 609, CPP); iii); embargos de nulidade, consonante com o item anterior (art. 609, CPP); iv) recurso ordinário constitucional perante o STF (art. 102, inc. ii e 105, inc. ii, CF); v) recurso especial junto STJ (art. 105, inc. iii, CF); vi) recurso extraordinário ao STF (art. 102, inc. iii, CF); vii) agravo de instrumento, que cabe face aos recursos indeferidos tanto no STJ quanto no STF (art. 28 da lei nº 8038/90) e v) agravo regimental (previsto nos regimentos internos tribunais).

O grande número de recursos à disposição do réu, no processo penal brasileiro, é louvável, vez que um processo que garanta justiça deve ser exaurido em sua forma e matéria, cumprindo seu papel de instrumento democrático e de pacificação social.

Entretanto, há um abuso de prerrogativas na utilização de tais recursos, onde os pseudogarantistas se utilizam de brechas do nosso sistema recursal para protelar o cumprimento de pena, o que provoca uma lentidão nos processos e produz uma sobrecarga intensa nos tribunais, o que corrobora para a persecução da impunidade.

Dentre os recursos supracitados, os embargos declaratórios e infringentes e o agravo de instrumento são os mais manipulados em favor da impunidade, como observa Mattos (Livraria dos Advogados, 2018) quando elenca os mecanismos mais suscetíveis à protelação:

1. A utilização de embargos declaratórios pela defesa para atacar qualquer decisão;
2. O abuso no uso do agravo regimental que permite que qualquer pretensão, mesmo infundada, seja submetida ao colegiado dos tribunais;
3. A existência dos embargos infringentes nos tribunais, sendo que, na Corte Máxima, os embargos infringentes proporcionam o reexame de mérito, de matéria decidida, assumindo inequívoco caráter de revisão criminal antes do trânsito em julgado; e
4. O uso de embargos de divergência no STJ. (p. 86-87)

Ou seja, podemos notar que tais recursos elencados, da forma que são usados, não cumprem mais o papel garantista integral que o processo penal tem que ter, tampouco homenageiam a teoria ferrajoliana. Os processos - e os recursos - precisam ter fim.

Não obstante, no que toca aos recursos na seara do Ministério Público, no

direito brasileiro - e como defendido por Ferrajoli - estes parecem ser relativamente abnegados, como é o caso do recurso em caso da absolvição do acusado. Assim entrega Souza (Armada e Resistência Cultural, 2017):

Ferrajoli parte da premissa incontestável de que a decisão absolutória de primeiro grau é justa [...] sem que se possibilite seja ela submetida à revisão, apesar de o próprio Ferrajoli afirmar em sua obra serem sempre possíveis as “inevitáveis deformações” das decisões judiciais. Além disso, o mesmo autor parte de outra equivocada premissa, qual seja, a de que o Ministério Público comete dupla injustiça: a injustiça de ter denunciado o acusado (pois a acusação se revelou infundada, segundo declarado pela irrecorrível sentença absolutória, qualquer que tenha sido a sua motivação, ou mesmo na ausência desta) e a injustiça de, ainda assim, continuar a persegui-lo por intermédio do recurso. Tal concepção de Ministério Público que comete injustiças e persegue cidadãos por intermédio do exercício da ação penal, bem como pela interposição de recurso visando a corrigir uma decisão absolutória, parece estar em nítido contraste com a tese sustentada pelo próprio Luigi Ferrajoli, que enxerga no *Parquet* uma instituição de garantia, inclusive no processo penal, deputada à tutela dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos dos acusados. (p. 505)

Ou seja, até o próprio Ferrajoli possui a visão de que o recurso do MP contra a sentença absolutória é inválido, pois o filósofo italiano supõe que não há o que se discutir e que, por tabela, a mera interposição do recurso é uma afronta às garantias. Ora, não seria esta uma disparidade de armas?

Há, indubitavelmente, como patologia pseudogarantista, uma mentalidade de que o processo não deve acabar sem que quem o desvirtue se reconheça como “vencedor”. Isso compromete o *status* de equidade que a justiça deve ter.

É necessário que se estabeleça, portanto, um limite razoável para que os recursos não se transformem em mecanismos puramente protelatórios, sob pena de que eles sejam vistos tão somente com tais olhos, condenando ainda mais a credibilidade dessas matérias. Ademais, tais especificidades devem constar para ambas as partes. Há de haver harmonia, funcionalidade e talento, como uma boa música clássica.

O processo penal, aliás, para ser ajustado, deve ser tratado de forma eufêmica, como um concerto, tocado em harmonia, por uma grande e talentosa orquestra. Nesta comparação, a lei deve ser o maestro: indubitável, seguro, justo e mecanismo de dirimção de ruídos e controvérsias, regulando toda a sinfonia. Os operadores do direito, por sua vez, devem ser a orquestra,

composta pelos músicos: talentosos, curiosos, sensíveis e resilientes.

Portanto, não se pode tratar mais as partes como inimigas, tampouco favorecer uma delas em detrimento da outra. Quando se fala em reduzir a protelação de recursos descabidos, por parte do acusado, não está precípua que isso acarretaria no cerceamento de sua defesa ou na restrição do devido processo legal, mas sim que os processos, como um todo, lograrão êxito em sua eficiência, tornando-os, desta forma, mais justos.

Ademais, o pseudogarantismo, quando encontrado com a protelação, em harmonia com a impunidade, gera outro problema gravíssimo que se enfrenta no direito brasileiro, assombrando a justiça: a prescrição.

4.4 PRESCRIÇÃO: SOMBRA SOBRE A JUSTIÇA

A prescrição é uma causa de extinção da punibilidade, constante no art. 107 inc. IV do Código Penal Brasileiro. O termo define uma perda do direito do Estado de apurar uma prática delituosa, pela inércia da persecução penal que se refira a tal delito. Trata-se, portanto, do fim do interesse estatal na repressão de determinado crime, sob a ótica do decurso de tempo inerte.

A ideia geral do fundamento da prescrição é que sua existência está intimamente relacionada à finalidade que se atribui o direito penal, que está sob a égide da prevenção geral, seja ela positiva ou negativa⁵⁸. Assim, decorrido robusto lapso temporal, perde-se a eficácia da aplicação de pena, pois o tal crime não encontra mais eco consequencial dentre a sociedade.

Além disso, o agente criminoso, pela decorrência vigorosa do tempo, torna-se, em tese, estranho àquele agente que outrora cometeu o delito, como se fosse uma espécie de condenação de seu *eu* do futuro pelas atitudes de seu *eu* do passado, tornando, portanto, a aplicação de pena algo subjetivamente injusto. Não obstante, existem diversas outras teorias justificadoras que visam fundamentar a existência da prescrição no nosso ordenamento jurídico.

⁵⁸ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal: Parte geral**. Barueri: Manole, 2015, p. 168.

Com efeito, a prescrição se faz necessária, inclusive, para estimular um andamento célere tanto da investigação criminal, quanto da ação penal, desestimulando, por tabela, a postergação de diligências e não permitindo, portanto, que a produção de provas se estenda *ad infinitum*, o que compromete o bom andamento processual. Ademais, vale dizer que, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser decretada de ofício ou sob provocação das partes.

Cumprе salientar, desta forma, que há diferentes meios de se calcular a prescrição, como entrega Nucci (2014, p. 558):

Há duas maneiras de se computar a prescrição: a) pela pena em abstrato (*in abstracto*); b) pela pena em concreto (*in concreto*). No primeiro caso, não tendo ainda havido condenação, inexistе pena determinada e definitiva para servir de base ao juiz ao cálculo da prescrição. Portanto, utiliza-se a pena máxima em abstrato prevista para o delito (art. 109, CP). Se houver a incidência de causa de diminuição, aplica-se o mínimo. No segundo caso, já tendo havido condenação com trânsito em julgado, ao menos para a acusação, a pena tornou-se concreta e passa a servir de base de cálculo para a prescrição (art. 101, CP).

Reconhecemos que a prescrição possui diversas nuances, que visam fazer *jus* aos princípios norteadores do direito. Os diferentes meios de se computar a prescrição nada mais são do que garantias que vêm a trazer segurança jurídica aos acusados e às instituições jurisdicionais. Não obstante, como todo mecanismo de garantias está sujeito ao deleite da deturpação, a prescrição não teria tratamento diferente.

No que toca ao Supremo Tribunal Federal, em levantamento da Folha de S. Paulo, no ano de 2016, foi revelado que, em dez anos, um terço das ações que tocam políticos foi prescrita na Corte⁵⁹.

O núcleo central de tais mazelas é o já exposto foro por prerrogativa de função, que, para seus detentores, lhes entrega o início do processo já na atarefada Suprema Corte, o que dificulta a eficácia e celeridade processual.

Assim ocorreu no caso do ex-governador Paulo Maluf (PP-SP), o qual foi processado e condenado por lavagem de dinheiro na França e, em processo

⁵⁹ Prescrição atinge um terço de ações contra políticos no Supremo. Folha de S. Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1832077-prescricao-atinge-um-terco-de-aco-es-contra-politicos-no-supremo.shtml>> Acesso em 02 de dez. de 2019.

conexo no Brasil, findou-se impune pela prescrição da denúncia não apreciada, como entrega a referenciada matéria da *Folha*. Ou seja, houve, neste caso, a prescrição da pena em abstrato, pois não houve sequer apreciação da denúncia, quiçá uma condenação.

Além disso, segundo estudo encomendado pelo gabinete do Ministro Luís Roberto Barroso, mais de 950 casos prescreveram nos tribunais superiores, num período de dois anos⁶⁰.

Acerca do resultado do estudo, o ministro explanou, em seu voto no famigerado julgamento acerca da prisão em segunda instância, conforme publicou o *Estadão*: “Num intervalo de dois anos, quase mil casos prescreveram, depois de haverem movimentado por muitos anos o sistema de Justiça. Não é preciso ser muito sagaz para manipular o sistema com recursos procrastinatórios sem fim”.

A prescrição que toca aos inquéritos que correm no STF também assusta. São os casos dos então senadores José Serra⁶¹ (PSDB-SP), Romero Jucá⁶² (MDB-RR), Aécio Neves (PSDB-MG)⁶³ e do banqueiro André Esteves⁶⁴, dentre outros inúmeros investigados.

Dessa forma, não é precipitado dizer que a prescrição, seja ela na ação penal ou durante o inquérito, é uma sombra sobre a justiça, principalmente porque ela pode decorrer de duas das mazelas pseudogarantistas já elencadas neste capítulo: o deleite do foro privilegiado e a protelação advinda dos intermináveis recursos, que, em grande parte, têm natureza procrastinatória e são

⁶⁰ 950 casos prescrevem em tribunais superiores. *Estadão*, 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,950-casos-prescrevem-em-tribunais-superiores,7000310038>> Acesso em 02 de dez. de 2019

⁶¹ Por prescrição, Rosa Weber arquiva inquérito contra José Serra. *O Globo*, 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/por-prescricao-rosa-weber-arquiva-inquerito-contra-jose-serra-22473167>>

⁶² STF arquiva inquérito contra Jucá depois de quase 14 anos de investigação. *ConJur*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-05/stf-arquiva-inquerito-juca-14-anos-investigacao>> Acesso em 02 de dez. de 2019.

⁶³ Arquivado pedido de investigação de Aécio Neves devido à prescrição. *Jusbrasil*, 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/439058142/arquivado-pedido-de-investigacao-de-aecio-neves-devido-a-prescricao>> Acesso em 02 de dez. de 2019.

⁶⁴ STF arquiva inquérito que investigava André Esteves. *G1*, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/05/stf-arquiva-inquerito-que-investigava-andre-esteves.ghtml>> Acesso em 02 de dez. de 2019.

mecanismo de impunidade de criminosos de colarinho branco.

Neste cenário, ilustram bem tais ideias os escritos de Dallagnol (Primeira Pessoa, 2017):

Gafanhotos, réus do Banestado, os Rozenblum... e outras centenas de réus de colarinho branco são beneficiados pela prescrição. Quem perde é a sociedade. No Supremo Tribunal Federal, onde altas autoridades são investigadas desde 1990, 177 investigações e 34 ações penais já prescreveram. Nesses números não estão incluídos os casos em que o investigado perdeu o foro e o processo foi devolvido a outras instâncias. [...] Infelizmente, no Brasil, a prescrição é a regra nos casos de colarinho branco. O sistema recursal, conjugado ao prescricional, cria uma verdadeira máquina de impunidade. O primeiro atrasa os processos; o segundo cancela as punições por causa desse mesmo atraso. (p. 37)

Assim, o chefe da operação Lava-Jato, como Deltan Dallagnol é nacionalmente conhecido, denuncia com clareza os males que nosso sistema de justiça sofre, o que acaba por determinar - muitas vezes - o fracasso de um processo, logo em seu início.

Ou seja, é como se os processos que tocam os crimes de colarinho branco já nascessem mortos, ou, se vivos nascessem, haveria a eutanásia da prescrição, manipulada por um pseudogarantista, para findar tal vida.

Dessa forma, o pseudogarantismo emerge para forçar e reclamar a prescrição, com a retórica benevolente de garantir direitos do acusado e acaba por instaurar, novamente, a impunidade, em especial, dos criminosos de colarinho branco.

Ora, como já citado, o cálculo do prazo prescricional dá-se baseado no tempo de pena previsto na lei e, por exemplo, nos crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional - crimes de colarinho branco -, tais penas são relativamente pequenas. Acerca disso, expõe Mattos (Livreria dos Advogados, 2018):

Em primeiro lugar, os prazos prescricionais previstos para crimes de colarinho branco são insuficientes para as ações penais dessa modalidade de crime. A maior parte dos processos de colarinho branco se arrasta por mais de dez anos depois da sentença condenatória. Em outras palavras, os processos com sanções máximas de até quatro anos de reclusão tendem a prescrever antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (p. 102)

Não bastassem tais dificuldades para que se aplique a lei nos crimes de

colarinho branco, a prescrição ainda conta com um “bônus”: o prazo prescricional, de acordo com o art. 115 do Código Penal, deve ser reduzido à metade se o réu tiver menos de 21 anos, ao tempo do crime, ou tiver 70 anos ou mais, na data da sentença.

Tratam-se de mecanismos que, em suma, servem para dificultar a aplicação da justiça. O direito penal, visto como o mínimo necessário, pelos garantistas integrais, traveste-se de mínimo não necessário, ou seletivamente necessário, uma vez que - manipulado - passa a segregar os acusados, trabalhando de forma monoclar, exacerbada e longe da racionalidade na qual a sociedade espera que a justiça trabalhe.

Tal racionalidade que falta, em muitos casos, no STF, é exposta por outra mazela pseudogarantista: o ativismo judicial operado por mãos monocráticas. Mais uma prova da manipulação do garantismo, onde a seletividade revela seu cunho perverso: não punir quem merece ser punido e punir que não merece. É o aparato estatal selecionado em favor de sujeitos determinados. É o uso do público com interesses privados.

4.5 DECISÕES MONOCRÁTICAS E ATIVISMO JUDICIAL

As decisões monocráticas, no âmbito dos tribunais superiores - em especial, no STF - são um tipo de decisão tomada por um ministro singular, editadas, em regra, para dar procedimento a matérias durante os recessos dos tribunais e dar celeridade à justiça.

No entanto, as decisões monocráticas são veementemente criticadas porque, além de serem usadas de forma contrária a que se estabeleceram, na maioria das vezes, até que a matéria seja apreciada, o caso que ensejou a decisão acaba por ficar inerte, até que o plenário da Corte delibere e decida de maneira definitiva acerca do assunto.

Além de tornar inerte a matéria, as decisões monocráticas possuem um viés - muitas vezes - de ativismo judicial, vez que em grande parte das decisões os ministros tomam posicionamentos contrários até ao entendimento da própria

Corte, criando casuísmos, baseados em entendimentos deles próprios, o que atenta ao princípio da colegialidade, que traz a ideia de que uma decisão colegiada deve ser observada e respeitada, sob pena de trazer insegurança jurídica.

Como exemplo de decisão monocrática de cunho ativista, que contrariou - tempestivamente - a então decisão colegiada da Corte - que permitia a prisão após condenação em segunda instância - destacou-se a do Ministro Marco Aurélio⁶⁵ que, num piscar de olhos, decidiu, liminarmente, que os presos condenados em segunda instância deveriam ser soltos.

A decisão do Ministro foi suspensa horas depois, pelo presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli. Contudo, houve uma confusão no mundo jurídico durante aquelas horas. Ora, um Ministro, unilateralmente, decidir soltar milhares de criminosos, em uma decisão monocrática, subvertendo o entendimento da própria Suprema Corte à qual compõe, traz uma imprevisibilidade e insegurança jurídica tremenda. Bastou algum tempo e as varas de execuções penais foram açoitadas de pedidos de *habeas corpus*.

Um Ministro, cunhando defender as garantias dos acusados, tomou uma decisão contrária ao entendimento do próprio STF e, claramente, por suas convicções particulares, beneficiou os criminosos condenados, atropelando outros poderes da República, em detrimento da sociedade e da própria jurisprudência.

Na prática, as decisões monocráticas vêm acarretando numa espécie de submissão do Judiciário ao poder do posicionamento singular de um Ministro, que impõe sua opinião exclusiva a todos os outros poderes e, conseqüentemente, como supracitado, à sociedade.

Ademais, após uma decisão monocrática, o Ministro pode, facilmente, não levar o processo a julgamento dos demais, ficando sua decisão perpetuada por sua vontade exclusiva. Ilustração pujante de ativismo judicial.

⁶⁵ Como o atropelo do Judiciário quase pôs Lula e milhares de presos em liberdade. Gazeta do Povo, 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/canetadas-como-a-de-marco-aurelio-representam-maioria-dos-julgamentos-do-stf-dcbg076k8gkac5n4tu60vyl5m/>> Acesso em 03 de dez. de 2019.

A liminar de Marco Aurélio serviu para chamar a atenção para as decisões monocráticas no STF. Em levantamento do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em 2017 foi revelado que o número de decisões monocráticas só tem aumentado, onde é demonstrado que as decisões singulares inclusive, já suprimiram, em números, as decisões colegiadas da Suprema Corte: em relação à origem das decisões, do total de 117.426 decisões proferidas em 2016, 88% foram monocráticas.⁶⁶

Ademais, em dados de 2018, trazidos também pelo CNJ, com relação à origem das decisões, do total de 126.484 decisões proferidas em 2017, 89,8% foram monocráticas.⁶⁷

Além de alertar a comunidade jurídica para o ativismo judicial cunhado por mãos monocráticas, a decisão do Ministro Marco Aurélio chamou atenção ao prazo para apreciação do colegiado às matérias decididas de tal forma.

Assim, surgiu uma Proposta de Emenda à Constituição de número 82 de 2019 (PEC 82/2019) que visava impedir decisões monocráticas tangentes ao susto a leis e decretos presidenciais e estipulava um prazo de 4 meses para que o plenário do STF analisasse uma decisão de pedido de vistas. Contudo, tal proposta foi rejeitada⁶⁸ pelo plenário do Senado.

Um Projeto de Lei de número 2.121 de 2019 (PL 2.121/2019) aprovado no Congresso Nacional, em votação pelas duas casas legislativas - Câmara e Senado - que visava impor um limite de 180 dias, prorrogáveis por mais 180, para que uma decisão monocrática fosse trazida à plenário, sob pena de perder seus efeitos, acabou sendo vetado⁶⁹ pelo Presidente da República Jair Bolsonaro. O veto presidencial emergiu como contraditório, visto que o Presidente, muitas vezes, teceu críticas ao ativismo judicial, principalmente,

⁶⁶ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>> Acesso em 03 de dez. de 2019.

⁶⁷ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf>> Acesso em 03 de dez. de 2019.

⁶⁸ Plenário rejeita PEC que acabaria com decisões monocráticas no STF. Senado, 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/plenario-rejeita-proposta-que-acabaria-com-decisoes-monocraticas-de-ministros-do-stf>> Acesso em 03 de dez. de 2019.

⁶⁹ Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7990267&ts=1570064481398&disposition=inline>>

no que toca o STF. No tocante ao Presidente da República, uma decisão monocrática, proferida pelo Ministro Gilmar Mendes⁷⁰ acabou beneficiando seu filho, o Senador Flávio Bolsonaro, vez que a decisão de Gilmar suspendeu as investigações sobre o Senador que era investigado por suposta “rachadinha” em seu gabinete, enquanto Deputado Estadual pelo Rio de Janeiro.

A decisão de Gilmar Mendes foi baseada em outra decisão monocrática, desta vez do Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli⁷¹- também solicitada pelo filho do Presidente - , que decidiu pela ilegalidade das investigações do MP baseadas em dados de órgãos de inteligência financeira, como o UIF (Unidade de Inteligência Financeira) - antigo Coaf - e a Receita Federal, sem prévia autorização judicial.

A desintegração dessas instituições com o MP foi preocupante, pois tais órgãos foram muito efetivos no combate à corrupção, posto que serviam de mecanismo forte de combate aos crimes financeiros, vez que ajudavam a identificar movimentações financeiras suspeitas.

Assim, para salvar a pele de um Senador, filho do Presidente da República, duas decisões monocráticas paralisaram centenas de investigações similares. A argumentação dos Ministros, mais uma vez, não surpreendeu, pois salientaram que as decisões se basearam na defesa das garantias dos investigados. Outro exemplo do pseudogarantismo na Suprema Corte.

Contudo, felizmente, em 28 de novembro de 2019, o plenário da Corte decidiu⁷², por 9 votos a 2 pela permissão do compartilhamento de dados de tais órgãos com o MP, sem prévia autorização judicial, resolvendo,

⁷⁰ Gilmar Mendes atende a pedido de Flávio Bolsonaro e determina suspensão de caso Queiroz. G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/30/gilmar-mendes-atende-a-pedido-de-flavio-bolsonaro-e-determina-suspensao-de-caso-queiroz-no-rio.ghtml>> Acesso em 03 de dez. de 2019.

⁷¹ Toffoli suspende inquérito com dados do Coaf a pedido da defesa de Flávio Bolsonaro. G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/16/toffoli-atende-flavio-bolsonaro-e-suspende-apuracoes-com-dados-do-coaf-e-do-fisco-sem-aval-judicial.ghtml>> Acesso em 03 de dez. de 2019.

⁷² STF decide liberar repasse de dados em investigações como a de Flávio Bolsonaro. Folha de S. Paulo 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/stf-forma-maioria-para-liberar-repasse-de-dados-sigilosos-sem-aval-judicial.shtml>> Acesso em 03 de Dez. de 2019

parcialmente, os problemas resultantes da decisão monocrática anterior.

Como dito anteriormente, a manipulação pseudogarantista não possui lado, pois, apesar de na maioria das vezes ser invocada em nome da impunidade, ela serve simplesmente como mecanismo casuístico e monoclar, podendo, desta forma, ser aliada do autoritarismo.

O ativismo judicial no STF, aliado ao idealismo do materialismo dialético no âmbito jurídico, que é ferramenta do pseudogarantismo, não tem pudor em sua deliberação. Assim, numa decisão monocrática autoritária - através de uma portaria -, o presidente da Suprema Corte instaurou um inquérito⁷³ a ser presidido pelo Ministro Alexandre de Moraes, para apurar ofensas, críticas e *fake news* que atingem aos Ministros do STF e à Corte.

Se trata, pois, de uma cruzada moderna, onde o Estado, com todo seu poder e aparato, passa a iniciar investigações em âmbito federal contra pessoas físicas, que, supostamente, estão lhes “atacando”. Ora, o mínimo que se espera de figuras públicas de tão alto escalão é a tolerância a críticas, pois estão naturalmente sujeitas a manifestações de desaprovação, e tal liberdade é vital em nações livres. É preciso saber diferenciar meras opiniões desfavoráveis de crimes, ambos não se confundem. Se for o caso de cometimento de crimes, todavia, que se instaure um inquérito policial a ser presidido pela autoridade judiciária e pelo MP ou MPF, como legalmente deve ser.

Ora, é inegável que a honra da Corte e dos Ministros deve ser respeitada. No entanto, debruçar-se sobre a vida de uma pessoa apenas porque ela criticou a Suprema Corte, ou - de forma até inconsciente - divulgou alguma notícia falsa, é o ápice do autoritarismo e do ativismo judicial.

Veja, ainda que uma pessoa tenha criticado de forma abrupta a Corte, não é razoável que ela tenha sua vida esmiuçada, seus bens confiscados pela polícia e seus passos investigados. Isso não é nada democrático. Não há

⁷³ Toffoli abre inquérito para investigar ataques ao STF após críticas da lava-jato. GAZETA, 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/toffoli-abre-inquerito-para-investigar-ataques-ao-stf-apos-criticas-da-lava-jato-cakxy3i1yia63bbw8dfx6igr5/>> Acesso em 03 de dez. de 2019.

racionalidade, tampouco legalidade neste tipo de inquisição.

Trata-se, pois, de um ato abusivo, pois fere as garantias constitucionais conferidas aos cidadãos, quando inaugura um verdadeiro “Estado Policial” - criticado veementemente pelo garantistas integrais - onde qualquer cidadão está sob integral investigação sobre qualquer fato que, para a visão subjetiva dos ministros, possam atingir a eles e à Corte.

Ademais, conforme disposto no parágrafo 1º do art. 5º do Código de Processo Penal, sob a égide Constitucional, é salientado que no procedimento para abertura de inquérito deve constar a narração do fato, com todas as circunstâncias. Ora, há algum fato narrado circunstancialmente para a abertura de tal inquérito pela Corte? Indubitavelmente, não há.

A competência para instauração de inquérito, por meio do STF, é catalogada no Regimento Interno da Corte, em seu art. 43, que assenta que a infração objeto de inquérito deve ter ocorrido dentro da sede ou dependência do Tribunal, o que, inegavelmente, não é o caso.

Ainda que fosse cabível a instauração de tal inquérito, por meio do Regimento Interno, ainda seria medida ilegal, vez que este fora normatizado em 1980, data anterior à Constituição Federal de 1988, que trouxe o sistema acusatório ao processo penal brasileiro. Ora, se o regimento da corte trata de direito processual penal e foi positivado antes da constituição que alterou ditames processuais penais, deveriam ser expressa ou tacitamente revogados todos os dispositivos que passaram a versar diferente do que entrega a Carta.

O sistema penal acusatório é uma conquista democrática, pois veda a parcialidade no processo, distanciando o julgador de possíveis vícios de opinião. A competência para acusar é do Ministério Público, e a CF, em seu Art. 5º, inc. LIII estabelece que: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Como se não bastasse, o inquérito do STF viola também o princípio do juiz natural, vez que a própria corte já abraçou sua competência, mesmo sendo ela a própria vítima e também acusador.

Além disso, algumas pessoas já sofreram mandados de busca e apreensão

em suas casas, não tomando conhecimento, aliás, do porquê estão sendo investigadas, pois não puderam ter acesso imediato aos autos, o que contraria a súmula vinculante 14, do próprio STF. Infeliz semelhança aos fatos narrados no romance *O processo*, de Franz Kafka.

Assim, o inquérito da Corte revela-se - de forma incontroversa - um verdadeiro atentado ao Estado de Direito, à democracia e à livre manifestação do pensamento. Dessa forma, trata-se de um exemplo claro de deturpação do garantismo, por meio de flagrante ativismo judicial, onde as possíveis “vítimas especiais”, sob a retórica de ter seus direitos assegurados, inauguram tal eterna vigilância sobre as pessoas comuns, agora cancelada pelo plenário da Corte. É máxima da deturpação garantista em favor do autoritarismo: aos amigos, o arbítrio; aos inimigos, a lei.

Não podemos mais aceitar casuísmos, sejam eles em nome da impunidade ou do autoritarismo. As deturpações dos ideais garantistas são trevas que devem ser enfrentadas e combatidas, através da luz da virtude da justiça. É preciso um garantismo integral.

5. O SUSPIRO DA VIRTUDE: GARANTISMO INTEGRAL

Expostas tais controvérsias assentadas no âmbito jurídico brasileiro, por meio de deturpações de garantias, seja em qualquer nível da persecução penal, no sentido da negligência ou do excesso, é importante que iniciemos alguns estudos que visam explorar o real garantismo penal, através de considerações acerca da paridade de armas no processo penal, o embate entre direitos individuais e direitos coletivos e o princípio da vedação da proteção ineficiente. Buscaremos a virtude no equilíbrio entre os conflitos tratados anteriormente, pois como ensina Aristóteles, a virtude está no meio-termo:

A virtude é, pois, uma disposição de caráter relacionada com a escolha e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, a qual é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. E é um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta; pois que, enquanto os vícios ou vão muito longe ou ficam aquém do que é conveniente no tocante

às ações e paixões, a virtude encontra e escolhe o meio-termo.⁷⁴

5.1 PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL E O PORQUÊ DO TERMO GARANTISMO PENAL INTEGRAL

A paridade de armas no processo penal brasileiro é entregue como um mecanismo garantista, por definição, assim como o sistema acusatório e os princípios constitucionais registrados na Carta Magna. Páreas devem ser as armas das partes do processo, para que possam duelar na batalha jurídica.

Tal simbologia encontra sustento filosófico nos ideais de “combater o bom combate”, com os “arsenais” equânimes. Não se trata de romantizar o duro processo penal, mas sim de ilustrar de maneira factível as complexas definições que pairam sobre o tema.

É preciso ter em mente, todavia, que a paridade de armas no processo penal não encontra vazão em sentido estrito, ou seja, as armas não são iguais para as partes da lide, mas devem ser equiparadas entre si. Igualdade é diferente de paridade e equidade.

O princípio da paridade das armas é um conglomerado de vários outros princípios, como os da legalidade, isonomia, contraditório e ampla defesa e recorribilidade. Isto é, para cada “arma” infligida ao “adversário” na batalha processual, há um “escudo” possível. Para cada recurso, há uma alternativa, para cada acusação, há uma defesa, para cada prova, há a contraprova. Isto é, segundo este princípio, a “arena” jurisdicional que deve fornecer condições equânimes para que o processo se desenrole observando todos os princípios existentes.

Desta forma, a estrutura dialética do processo penal brasileiro entrega a paridade de armas como elemento essencial à lide. O processo deve desenvolver-se à luz da equidade. Não se nega, aliás, que a parte acusada se apresenta como mais vulnerável, vez que o aparato estatal é invocado em seu desfavor. Daí extrai-se a premissa supramencionada de que igualdade é

⁷⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de L. Vallandro e G. Bornhein da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo, Abril, 1987. (Coleção Os Pensadores), livro II.

diferente de paridade. Isto é, em razão da hipossuficiência do acusado frente ao Estado, deve o primeiro ter mais mecanismos para que seja expandido seu campo de defesa. É a máxima da equidade: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Como exemplo, pode-se citar a possibilidade do uso de provas ilícitas em benefício do réu, cenário inimaginável no sentido oposto. O próprio princípio *in dubio pro reo* e a possibilidade de revisão criminal em favor do condenado são ótimos exemplos dessa (dis)paridade equânime, como deve ser em um fiel sistema processual garantista.

Com efeito, Ferrajoli reconhece o Sistema Garantista como um mecanismo que visa, exatamente, evitar o abuso do poder estatal sobre os indivíduos, premissa muito diferente do abordado nos delírios jurídicos consoantes ao “mal” do garantismo, embasados justamente pelo garantismo à brasileira.

Visitando as premissas garantistas, compreendemos que garantismo é essencialmente a tutela de direitos fundamentais de uma sociedade - e não somente dos acusados. Ou seja, há uma visão integral por parte do garantismo *originário*, pois este defende a tutela das garantias constitucionais, em sua integralidade.

As ideias garantistas visam equilíbrio, portanto pressupõem que o processo penal deve buscar ser proporcional, páreo e justo. Por isso, no Brasil, é quase uma obrigação usar o termo “garantismo penal integral” quando se fala em garantismo, por tão deturpado que foi o brocardo original trazido por Ferrajoli.

Quando se critica o garantismo penal (no Brasil), não se invoca a maximização do direito penal. Ao contrário, quando se reclama um garantismo penal, quer-se clamar pelo respeito aos princípios, valores e normas que permeiam um ordenamento jurídico, de maneira integral. Por isso, necessário é desvincular a ideia de garantismo com impunidade – ideia provocativamente trazida no título deste estudo. Acerca da vinculação entre garantismo e impunidade, com clareza ensina Aury Lopes Junior (Saraiva, 2020):

Há de se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se,

legitimamente, à pena.⁷⁵

O propósito do uso da palavra *integral* como uma espécie de sufixo do termo original é justamente a ideia de desvinculação do garantismo com as mazelas da impunidade.

Tais considerações legitimam, portanto, a criação do termo *garantismo penal integral*, proposto na obra de mesmo nome, escrita por vários juristas que se incomodaram com a criminalização do termo *garantismo penal*, por culpa, como já dito, da manipulação da teoria, na maioria das vezes, em favor da impunidade. Em especial, a concepção do termo *integral* coube ao professor e procurador regional da república Douglas Fischer.

Eis o conceito de um garantismo integral, explicado por Calabrich (et. al. Verbo Jurídico, 2017), na obra supramencionada:

O equilíbrio entre o respeito às liberdades individuais - com a necessária limitação à atividade estatal que fira a esfera inquebrantável do cidadão - e a mão firme do Estado a coibir e reprimir as condutas que atentem contra a ordenação básica do convívio (proteção dos interesses coletivos e sociais) é o que se espera, especialmente das instituições encarregadas de traduzir em termos práticos o que dita *no todo* a Constituição da República. (p. 26)

Indubitavelmente, é necessário levar em consideração o sopesar entre direitos individuais e direitos coletivos quando se fala em garantismo integral, pois se o intuito ativo de um ordenamento jurídico é resolver os conflitos sociais, há de se analisar esse equilíbrio entre as liberdades públicas. Ou seja, ao passo em que se busca proteger a liberdade individual daquele indivíduo acusado de um crime, deve-se também ensejar tutelar os bens jurídicos da sociedade, homenageando a teoria funcionalista do direito penal, trazida por Claus Roxin⁷⁶, onde, de maneira teleológica, o Direito Penal tem a função de assegurar bens jurídicos.

Para que esses bens jurídicos sejam tutelados, deve haver, portanto, um garantismo integral. Neste cenário, à luz do garantismo, o Estado não pode agir sem a devida legitimidade contra os direitos fundamentais individuais,

⁷⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 17. Ed. – São Paulo: Saraiva: Saraiva Educação, 2020, p. 39

⁷⁶ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, Tradução: Luís Greco, 2002.

observando a proteção da liberdade. Contudo, o Estado tem também o dever de agir na proteção dos demais direitos fundamentais entregues à sociedade. É dizer, o processo penal não serve somente ao acusado, mas cumpre também uma função social, por isso não se deve ter excessos (garantismo negativo) e tampouco deve haver ineficiência (garantismo positivo).

Em apertado resumo, falamos em integralidade - garantismo penal integral - pois consideramos, de forma justa e equânime, as noções do garantismo negativo (vedação de excessos, por meio da proteção de direitos e garantias individuais) e do garantismo positivo (vedação da ineficiência estatal, por meio da proteção de direitos e garantias da sociedade).

5.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INEFICIENTE: GARANTISMO POSITIVO

Como já explicitado, o garantismo penal trabalha com o minimalismo e não com a impunidade (abolicionismo), pois leva em consideração a tutela dos bens jurídicos da sociedade por parte do Estado e se importa com a ineficiência estatal também neste âmbito, diferentemente do que se deturpa nas cortes brasileiras, onde, muitas vezes, somente são levadas em consideração as garantias dos réus.

Para que haja integralidade no respeito às garantias dos réus, deve haver também integralidade no preparo do Estado em tutelar os bens jurídicos da sociedade, sob pena de instauração do perigoso Estado de Barbárie já alertado.

Com o intuito de preservar a impessoalidade no processo penal e vedar a vingança privada, o Estado reclama a titularidade da acusação, escanteando a vítima e tomando para si o protagonismo no processo.

Uma vez envergada a bandeira da acusação por parte do Estado, cabe a este ter os meios necessários para buscar a resposta estatal às violações dos direitos das vítimas por aqueles que cometeram crimes. Há de haver proporcionalidade. Isto é, ao passo em que o Estado deve basear-se no

princípio da proporcionalidade para que se proíba excessos, também o deve fazer para evitar a insuficiência da tutela jurisdicional. Neste sentido, pertinente é a lição de Fernandes (Emerj, 2011):

Por um lado, o Estado deve buscar proteger seus cidadãos dos excessos em suas próprias condutas, pois não pode o Poder Público se intrometer excessivamente, além do justificável, na esfera individual. Assim, há um dever de abstenção, de não fazer algo. Por outro, não se pode deixar de reconhecer a existência de um dever estatal de agir quando necessário à proteção da população, pois alguns dos direitos constitucionalmente garantidos exigem condutas positivas do Estado para sua efetivação.⁷⁷

Levando isso em consideração, surge o princípio da vedação da proteção ineficiente. Este princípio é um mecanismo garantista positivo, pois demanda uma intervenção estatal quando necessária, diferente do garantismo penal - negativo, por assim dizer - como negador da intervenção estatal, reservando esta intervenção ao mínimo necessário.

Não obstante às ideias de direito penal mínimo, quando este *mínimo* se faz necessário, passa-se o garantismo a ser positivo, pois, a partir daí, reconhece e legitima uma conduta ativa do Estado.

Todavia, neste cenário, o Estado, detentor do dever de processar e punir aquele acusado, não pode escantear o *télos*⁷⁸ do garantismo, pois, mesmo que invocado para tutelar direitos coletivos, também deve agir dentro da legalidade e respeitar os direitos individuais.

É razoável que todos os direitos dos acusados sejam garantidos, sob pena da perversão da justiça, contudo, usando o mesmo raciocínio, deve ser razoável também que se aplique a lei quando necessária, sob pena de perversão da sociedade.

O princípio da vedação da proteção ineficiente é algo intuitivo do povo de um Estado de Direito, pois este povo, quando abre mão de sua liberdade total em prol das liberdades públicas e do respeito ao direito alheio, espera que tenha

⁷⁷ FERNANDES, Eduardo Faria. **Princípio da Vedação à Proteção Deficiente**. Rio de Janeiro. EMERJ, 2011. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/EduardoFariaFernandes.pdf> Acesso em 30 de junho de 2020.

⁷⁸ Propósito, finalidade, na concepção Aristotélica

em seu favor o Estado quando sua liberdade for lesada.

Ontologicamente, o ser humano nasce com um senso natural de justiça. Com o passar do tempo e com seu desenvolvimento pessoal e social em ascensão, passa a ver mais claramente as razões naturais para a limitação de sua liberdade. Com isso, o ser em formação passa a conceber a ideia de que sua liberdade não é irrestrita assim, porque há também a liberdade das outras pessoas.

O que vincula o respeito às liberdades individuais e públicas é a convivência em sociedade, com fulcro no contrato social, mesmo redigido em abstrato, pois ninguém assina de fato tal documento.

No entanto, ainda que não haja a matéria física deste contrato social, o objetivo dele sempre estará presente nas mentes humanas, de maneira intuitiva. Para que este contrato social seja preservado, devem existir as leis e os princípios. Desta forma, uma vez afrontada a lei ou os princípios, o Estado, mantenedor daquele contrato social, deve emergir para cessar tal violação.

Quando se protege de maneira ineficiente os bens jurídicos relevantes para a manutenção da harmonia de uma sociedade, abre-se margem para retrocessos. A descrença na justiça é produto não só de arroubos autoritários por parte de alguns operadores do direito, mas sobretudo é resultado da ineficiência da defesa da própria sociedade, que reconhece o desvio do criminoso e enseja sua responsabilização. “Bem podes ver assim que a má conduta é a causa que no mundo fez os réus”⁷⁹. Por isso, o Estado deve combater a criminalidade, portanto, não pode ser omissivo. É necessário ter uma conduta ativa.

A ideia desta conduta ativa é cunhada pelo garantismo positivo, representado pelo princípio da vedação da proteção ineficiente, que ganhou notoriedade no Brasil com um voto do Ministro Gilmar Mendes, em um Recurso Extraordinário (RE 418.376) que versava acerca da extinção da punibilidade de um agente condenado por abusar sexualmente de uma criança por anos, com a qual veio

⁷⁹ ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**; introdução, tradução e notas de Vasco Graça Moura - São Paulo: Ed. Landmark, 2005, p.443

a adquirir uma “união estável” após os fatos. Neste sentido, é importante trazer um trecho do voto do Ministro:

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental”⁸⁰

Nota-se que é de extrema importância observar as nuances que permeiam os conflitos entre os direitos fundamentais individuais e coletivos, e as discussões sobre a legitimidade do Estado em atuar ou deixar de atuar. Este é o ideal de justiça que postulamos: um garantismo que seja integral, pautado no equilíbrio, seguro, coeso, que cuide de todas as partes do processo e que não anamorfeie os ofendidos.

Como entregue pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, os direitos fundamentais de proteção não podem ser negados, o Estado não pode abrir mão de tutelar os direitos da sociedade, com a retórica de que está protegendo garantias fundamentais individuais.

A ideia de garantismo positivo não ecoa somente neste julgado, ela encontra vazão principalmente nas cortes internacionais de direitos humanos, com destaque para as Cortes Europeia e Interamericana. Trata-se, pois, de uma obrigação processual penal positiva, demanda prevista pela constituição dos países democráticos e delegada às autoridades nacionais.

O Brasil, por compor o pacto de *San José da Costa Rica* e estar sob a “jurisdição” da Corte Interamericana de Direitos Humanos, está sujeito a um controle de convencionalidade. Levando-se em consideração um controle difuso de convencionalidade, o poder judiciário brasileiro deve atentar-se quanto às exigências no tocante à efetividade, seriedade e *eficiência*⁸¹ que os

⁸⁰ Recurso Extraordinário 418.376. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>> p. 688. Acesso em 30 de junho de 2020.

⁸¹ FISCHER, Douglas. **As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 2. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

atos e procedimentos judiciais voltados às tentativas de esclarecer e sancionar as infrações penais que venham a lesar direitos sob a tutela penal devam cumprir.

Portanto, a concepção de Estado Democrático de Direito, homenageando nossa Constituição Federal, o garantismo penal Ferrajoliano e mantendo a coerência com as convenções que o Brasil subscreve, pressupõe a incúria dos radicalismos provenientes da ideia de um Estado tão somente liberal, o qual, em tese, apenas daria tutela à liberdade dos indivíduos. Em apertada síntese, o Estado Democrático de Direito cuida não só da liberdade individual de seus cidadãos, mas busca tutelar garantias sociais.

O Estado de Direito, principalmente sob a luz de uma Constituição, define que (todos) os direitos devem ser garantidos. Por isso, diante do cenário atual, não é mais suficiente apenas a tutela negativa do Estado, limitando sua atuação.

À luz do garantismo integral, exige-se uma atuação também positiva: é necessário que, além da proteção do indivíduo contra os excessos do próprio Estado, coloque-se em prática a proteção dos indivíduos contra si mesmos.

5.3 ASCENSÃO DA JUSTIÇA COMO APRIMORAMENTO SOCIAL

Muito se fala em descrédito da justiça perante a sociedade. Aliás, esta afirmação foi trazida na introdução deste trabalho. Por isso, mister se faz entender como uma justiça eficaz é benéfica para uma nação.

Não devemos ir muito longe: a operação Lava Jato cumpriu este papel de forma única na história do Brasil. Pela primeira vez em muito tempo, a população viu-se atendida, pois cenas inimagináveis como as prisões de diversos criminosos de colarinho branco fizeram-se recorrentes.

Antes disso, a população brasileira vivia com o estigma de que jamais seriam punidos os criminosos de colarinho branco, pois em tese nossa justiça seria seletiva: a lei não parecia ser para todos.

Com o passar do tempo, o povo brasileiro passou a entender que a justiça pode sim funcionar de forma isonômica. Isto é, aquela ideia de que apenas os criminosos de classe baixa eram presos, foi diminuindo. À medida em que a operação Lava Jato avançava, a população tomava um fôlego de esperança e começava a cicatrizar as feridas da impunidade. Com isso, os debates sobre direito e justiça saíram dos bancos acadêmicos e dos tribunais e passaram a permear a sociedade como um todo. Pessoas comuns, alheias às questões jurídicas, debatiam sobre o que viam nos jornais. Ser corrupto parecia não compensar mais como antes.

A partir desta nova visão que a sociedade passou a ter da justiça brasileira, fomentou-se um impulso democrático. Os suspiros das virtudes passaram a encher os pulmões sociais e as instituições passaram a ser cada vez mais respeitadas e fortalecidas. Este efeito corroborou para que a sociedade expandisse sua vigilância, buscando sempre o debate sobre as questões que as cercam, ensejando o aprimoramento dos mecanismos do Estado e seu próprio desenvolvimento moral.

É sabido que a mudança e o aprimoramento começam com a indignação. Portanto, não é e nunca será razoável a tolerância com a impunidade, porque uma nação segura só se mantém assim quando não se permite ficar em uma fictícia zona de conforto, somente aceitando o que lhe é entregue. A justiça não permite estagnação. Por isso, o aprimoramento social deve ser constante.

Quando o papel da justiça é cumprido com êxito, este impulso social virtuoso é alimentado em todos os seus fragmentos. Tanto é verdade que, um dos efeitos da operação Lava Jato, por exemplo, foi a adoção de sistemas de *compliance* por várias empresas, como uma espécie de efeito inibidor de corrupção. Ou seja, o aprimoramento social foi colocado em prática, na forma de medidas eficazes, sendo estas um produto fiel da ascensão da justiça.

Este cenário veio para acalmar a revolta da população no que toca aos crimes de colarinho branco. Gostemos ou não, a Lava Jato foi um marco positivo na história da justiça brasileira. Contudo, já alertava Deltan Dallagnol (Primeira Pessoa, 2017):

Porém a Lava Jato é fruto de uma conjunção estelar, um grande

golpe de sorte que moveu o pêndulo para uma posição mais elevada. Se o sistema continuar o mesmo, assim como o pêndulo, voltaremos à posição anterior. E a Lava Jato será apenas uma doce lembrança de um momento em que acreditamos que as coisas mudariam. (p. 164)

Tanto são factíveis os tais dizeres, que, após a publicação destes escritos, grandes retrocessos no combate à criminalidade, em especial, à corrupção, foram infligidos à justiça brasileira, como a impossibilidade da prisão em segunda instância e o aparelhamento de órgãos de investigação, temas já tratados neste trabalho.

Infelizmente, o sistema de justiça brasileiro ainda segue favorecendo a impunidade. Portanto, novos escândalos de corrupção virão, novas mazelas de nosso sistema processual e penal serão exploradas por um garantismo não integral, novas revoltas populares ascenderão e novas barbáries serão assistidas.

Neste cenário, cabe a nós apontar esses problemas e buscar resolvê-los da melhor maneira possível, racionalmente, sempre dentro da lei e dos princípios de um legítimo Estado Democrático de Direito.

Assim, visitando os grandes ensinamentos de Ferraz Júnior⁸², onde o autor afirma ser justo aquilo que é racional e ser injusto aquilo que é irracional, extraímos a ideia de que devemos sempre optar pela racionalidade, ou seja, pela justiça, pois ela tem o condão de aprimorar nossa sociedade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após discorrermos sobre os principais pontos pretendidos, cabe aqui fazermos as últimas análises críticas e esclarecer o objetivo deste estudo.

Em primeiro plano, analisamos uma acepção meta-histórica do início do direito penal, provocando uma reflexão sobre aquilo que chamamos de direito penal bíblico, justamente para dar vazão ao pensamento medieval, que foi de suma

⁸² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. - 6 ed. - São Paulo: Atlas, 2010, p.329

importância para a posterior revolução do direito penal, capilarizado pelo iluminismo, que é a grande raiz filosófica do garantismo penal.

Posteriormente, cuidamos de apresentar os fundamentos e as principais ideias da teoria do garantismo penal, tendo inclusive o esmero de comparar fundamentos de Ferrajoli com outros jusfilósofos, com o intuito de debater questões atinentes à moralidade, não nos desconectando, contudo, de apresentar teorias normativas de direito, à luz do positivismo, a fim de promover uma coalizão entre o direito como um todo e o direito aplicado à seara penal.

Assim, buscamos sempre manter uma cronologia dos pensamentos que levaram à construção da teoria garantista.

Após darmos conhecimento ao leitor sobre as bases filosóficas que precederam e as que deram vazão à filosofia garantista, iniciamos um estudo empírico sobre as manipulações da teoria do garantismo penal no direito brasileiro, cunhados por aqueles que por nós foram denominados *pseudogarantistas*, que trabalham, em regra, em nome da impunidade. Assim, tratamos de analisar o cerne do pensamento destes personagens, à luz do MDA.

À partir daí, levantamos conjecturas passíveis das manipulações garantistas, não nos poupando, inclusive, de levantar um pequeno debate entre o abolicionismo penal e o direito penal máximo, buscando deixar claro que as manipulações pseudogarantistas não recaem somente sobre a impunidade, mas também são invocadas em favor do punitivismo. Assim, emergimos o direito penal mínimo como alternativa a tais discussões.

Após isso, atentemo-nos a analisar os efeitos que a impunidade impõe sobre a frágil sociedade brasileira, apresentando alguns casos criminais e contando breves histórias relacionadas às mazelas outorgadas pela impunidade. Tratamos de trabalhar uma reflexão sobre o que foi denominado de *bandidolatria* e *coitadismo*, a fim de provocar o leitor a questionar-se sobre o assunto. Não obstante, também cuidamos de analisar especificamente o chamado *Estado de Barbárie*, como efeito da impunidade, buscando usar uma linguagem atípica, valendo-nos de casos factuais.

Em seguida, adentramos nas manipulações do garantismo penal no STF, ocasião em que debatemos questões relacionadas aos crimes de colarinho branco, inicialmente trazendo breves informações sobre a formação histórica da corte, momento em que discorreremos sobre seu papel constitucional.

A partir disso, introduzimos, cronologicamente, discussões acerca do foro por prerrogativa de função, da prisão após condenação em segunda instância, da impetração recursos protelatórios, das decisões monocráticas e do possível ativismo judicial por parte de alguns ministros. Neste último tópico, revisitamos a ideia de que o garantismo pode ser também manipulado em favor do autoritarismo.

Por último, tivemos o esmero de brevemente trabalhar o chamado *garantismo penal integral*, sendo este tratado como virtuoso, em detrimento das manipulações garantistas anteriormente exploradas. À título de exemplificação, introduzimos o conceito da paridade de armas no processo penal e o valioso princípio da vedação da proteção ineficiente. Em seguida, fizemos com apreço uma ponderação atinente à ascensão da justiça como um aprimoramento social, trazendo o exemplo da operação Lava Jato, introduzindo, esperançosamente, a ideia de que com o aprimoramento de nossa justiça, podemos assistir também o aprimoramento de nossa sociedade.

A ideia central deste trabalho foi estudar a teoria do garantismo penal, pensamento jusfilosófico majoritário no Brasil, e buscar entender o motivo e os mecanismos pelos quais este virtuoso pensamento não vem encontrando sucesso em terras brasileiras, transformando-se em um mecanismo de impunidade.

O que descobrimos foi que o motivo para tal despreço desta teoria foi justamente sua manipulação, por operadores do direito que, provavelmente, sequer leram a *obra-mater* de Ferrajoli, e passaram a ver o processo penal com certa monocularidade, olhando somente para o acusado. Com isso, fixou-se nas mentes brasileiras que garantismo era sinônimo de abolicionismo penal e que ser garantista era ser perverso. Não só isso, ser garantista parecia ser alguém conivente com a criminalidade, o que corroborou para a criminalização da advocacia criminal, por parte das mentes contaminadas com este juízo

draconiano. Eis a importância de descortinar este pensamento.

Não obstante, como já dito, despertamos atenção também para a manipulação garantista em favor do autoritarismo. Trazendo questionamentos sobre a maximização do direito penal e tratando casos práticos atuais, entendemos ser o garantismo também passível de manipulações em nome do punitivismo exacerbado. Foi no decorrer deste trabalho que encontramos esses vestígios até então não explorados. Assim, ao tratar do pseudogarantismo no STF em nome da impunidade, com aquele olhar monocular *pro reo*, deparamo-nos com um olhar monocular em favor das “vítimas especiais”. Esta revelação nos trouxe o conhecimento de que se pode coexistir a deturpação do garantismo em favor dos réus e a deturpação em favor das vítimas. Claro, isto depende do *prestígio* da vítima.

Diante disso, concluímos que absolutamente ninguém está blindado do pensamento garantista manipulado no âmbito jurídico brasileiro. Quando se trata de justiça, ter hígidez plena na aplicação da lei, sobriedade na análise dos fatos e do direito e não se permitir fazer um juízo moral, por mínimo que seja, é quase impossível. O próprio conceito de justiça é discutível, dada a sua enorme carga moral.

Por isso, buscamos prezar pelo direito penal mínimo, para que se erre e que se manipule o mínimo possível, ao passo em que zelamos por um garantismo penal integral, para que se proteja as garantias fundamentais em toda sua integralidade.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA SAGRADA. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida. 4a ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**; Tradução de J. Dias Pereira: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**; introdução, tradução e notas de Vasco Graça Moura - São Paulo: Ed. Landmark, 2005

AQUINO, Tomás de. **Onze lições sobre a virtude: Comentário ao Segundo Livro da Ética de Aristóteles**; Tradução de Tiago Tondinelli - Campinas: Ecclesiae, 2013

_____. **Suma Teológica I**; Tradução de Aldo Vannucchi. et. al. - São Paulo: Edições Loyola, 2003.

_____. **Suma Teológica II**; Tradução de Aldo Vannucchi. et. al. - São Paulo: Edições Loyola, 2003.

_____. **Suma Teológica III**; Tradução de Aldo Vannucchi. et. al. - São Paulo: Edições Loyola, 2003.

_____. **Suma contra os gentios**; Tradução de D. Odilão Moura. - Porto Alegre: Sulina, 1990.

ARISTÓTELES. **Sobre a alma**; Tradução de Ana Maria Lóio. - Portugal: Biblioteca dos Autores, 2010.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução de L. Vallandro e G. Bornhein da versão inglesa de W. D. Ross. Livro II, São Paulo: Abril, 1987.

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**; tradução de Ari Marcelo Solon. - São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014.

BRASIL. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 1940,

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, 1988.

CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo Penal Integral**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção: A Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. São Paulo: Martin Claret, 2012.

FERNANDES, Eduardo Faria. **Princípio da Vedação à Proteção Deficiente**. Rio de Janeiro: Emerj, 2011

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. - 6 ed. - São Paulo: Atlas, 2010,

FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX**;

organização e tradução Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. – São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** - Londrina: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. **As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos.** 2. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 10ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HART, H. L. A. . **O Conceito de Direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

IPEA. Déficit de Defensores. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>>

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano.** São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva: Saraiva Educação, 2020.

MARÍN, Antônio Royo. **Dios y su obra.** Madrid: La Editorial Católica, 1963.

MARX, Karl. **A ideologia alemã;** tradução de Rubens Enderle, Nélcio Schneider, Luciano Cavini Martorano. - São Paulo: Boitempo, 2007

MATTOS, Diogo Castor de. **O amigo do direito penal: por que o nosso sistema favorece a impunidade dos criminosos de colarinho branco.** - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis;** tradução de Cristina Murachco. - São Paulo: Martins Fontes, 1996

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** - 10. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014

OLIVEIRA, G. C. D. E. **Garantismo e barbárie: a face oculta do garantismo penal** . - Florianópolis: Conceito, 2019.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas;** tradução de Felipe Denardi - Campinas: Vide Editorial, 2016.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Direito penal: Parte Geral,** 2. ed. - Barueri: Manole, 2015.

PESSI, Diego; DE SOUZA, Leonardo Giardin. **Bandidolatria e Democídio – Ensaios sobre Garantismo Penal e a criminalidade no Brasil,** 2. ed. São Luís: Armada e Resistência Cultural, 2017.

PLATÃO. **O mito da caverna;** tradução e notas Edson Bini. - São Paulo: EDIPRO, 2015.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANDEL, Michael J. - **Justiça - O que é fazer a coisa certa;** tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. - 27ª edição - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019

SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. Tradução de Maurício G. Righi - São Paulo: É realizações, 2011.

SHAKESPEARE, William. **Shakespeare de A a Z: livro das citações**; seleção de Sergio Franco; tradução de Carlos Alberto Nunes - Porto Alegre: L&PM, 2012

STF. Portal Institucional. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>>

TOMASEVICIUS FILHO, E. **O conceito de liberdade em Santo Agostinho**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 101, p. 1079-1091, 1 jan. 2006.

VOEGELIN, Eric. **Hitler e os Alemães**; tradução de Elpídio Mário Dantas Fonseca. - São Paulo: É Realizações, 2008

_____. **História das ideias políticas: idade média até Tomás de Aquino**. São Paulo: É Realizações, 2012. Vol. II

_____. **Reflexões autobiográficas**. São Paulo: É Realizações, 2008.

PERIÓDICOS

BBC. Prisão após condenação em 2º instância é permitida nos EUA e em países da Europa. BBC News, 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43480154>>

CONAMP. Ataques ao MP são frequentes e poderosos, afirma presidente da CONAMP. Portal da CONAMP, 2018. Disponível em: <<<https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/2287-ataques-ao-mp-sao-frequentes-e-poderosos-afirma-presidente-da-conamp-em-entrevista.html>>>

ConJur. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, vota Gilmar Mendes. Portal ConJur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/gilmar-mendesvota-execucao-antecipada-pena>

ConJur. STF arquiva inquérito contra Jucá depois de quase 14 anos de investigação. ConJur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-05/stf-arquiva-inquerito-juca-14-anos-investigacao>>

Estadão. 950 casos prescrevem em tribunais superiores. Estadão, 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,950-casos-prescrevem-em-tribunais-superiores,7000310038>>

Folha de S. Paulo. Adolescente é despido, amordaçado e chicoteado por furtar chocolate. Folha de S. Paulo, 2019. Disponível em: <<<https://www1.folha.uol.com.br/amp/cotidiano/2019/09/adolescente-e-despido-amordacado-e-chicoteado-por-furtar-chocolate.shtml>>>

Folha de S. Paulo. Defensoria pública supera advogados particulares em casos revistos por STJ e STF. Folha de São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>>

Folha de S. Paulo. Prescrição atinge um terço de ações contra políticos no Supremo. Folha de S. Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1832077-prescricao-atinge-um-terco-de-aco-es-contra-politicos-no-supremo.shtml>>

G1. 'Deu a vida dele por mim', diz mulher feita refém na Catedral da Sé, em SP. Portal G1, 2015. Disponível em: <<<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/09/deu-vida-dele-por-mim-diz-mulher-feita-refem-na-catedral-da-se-em-sp.html>>>

G1. Barrar prisão após 2ª instância será 'sinal muito ruim' para o mundo, diz chefe anticorrupção da OCDE. G1, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/barrar-prisao-apos-2-instancia-sera-sinal-muito-ruim-para-o-mundo-diz-chefe-anticorrupcao-da-ocde.ghtml>>

G1. Jovem de 19 anos desaparece após sair de academia no interior de SP. Portal G1, 2019. Disponível em: <<<https://g1.globo.com/sp/baurumaria/noticia/2019/09/24/jovem-de-19-anos-desaparece-apos-sair-de-academia-no-interior-de-sp.ghtml>>>

G1. STF arquiva inquérito que investigava André Esteves. G1, 2018. Disponível em: <<<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/05/stf-arquiva-inquerito-que-investigava-andre-esteves.ghtml>>>

G1. Gilmar Mendes atende a pedido de Flávio Bolsonaro e determina suspensão de caso Queiroz. G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/30/gilmar-mendes-atende-a-pedido-de-flavio-bolsonaro-e-determina-suspensao-de-caso-queiroz-no-rio.ghtml>>

G1. Toffoli suspende inquérito com dados do Coaf a pedido da defesa de Flávio Bolsonaro. G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/16/toffoli-atende-flavio-bolsonaro-e-suspende-apuracoes-com-dados-do-coaf-e-do-fisco-sem-aval-judicial.ghtml>> Acesso em 03 de dez. de 2019.

Gazeta do Povo. Brasil não soluciona nem 10% dos seus homicídios. Gazeta do Povo, 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/brasil-nao-soluciona-nem-10-dos-seus-homicidios-d726kw8ykpwh6xm41zakgzoue/>>

Gazeta do Povo. Como o atropelo do Judiciário quase pôs Lula e milhares de presos em liberdade. Gazeta do Povo, 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/canetadas-como-a-de-marco-aurelio-representam-maioria-dos-julgamentos-do-stf-dcbg076k8gkac5n4tu60vyl5m/>>

O Globo. STJ reverte menos de 1% das condenações em 2ª instância. O GLOBO, 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/stj-reverte-menos-de-1-das-condenacoes-em-2-instancia-22357405>>

O Globo. Por prescrição, Rosa Weber arquiva inquérito contra José Serra. O Globo, 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/por-prescricao-rosa-weber-arquiva-inquerito-contra-jose-serra-22473167>>

JusBrasil. Arquivado pedido de investigação de Aécio Neves devido à prescrição. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/439058142/arquivado-pedido-de-investigacao-de-aecio-neves-devido-a-prescricao>>

Senado Federal. Plenário rejeita PEC que acabaria com decisões monocráticas no STF. Portal do Senado, 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/plenario-rejeita-proposta-que-acabaria-com-decisoes-monocraticas-de-ministros-do-stf>>