



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

GARANTISMO PENAL: UMA QUESTÃO DE FATO E DE DIREITO

FELIPE FERNANDES DE CARVALHO

Brasília, julho de 2014.

FELIPE FERNANDES DE CARVALHO

GARANTISMO PENAL: UMA QUESTÃO
DE FATO E DE DIREITO

Monografia apresentada à Universidade de
Brasília para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

Brasília, julho de 2014.

Monografia de graduação apresentada à Faculdade de Direito de Brasília por Felipe Fernandes de Carvalho, intitulada **Garantismo Penal: uma questão de fato e de direito** e considerada aprovada pela banca examinadora.

Orientador: Professor Mestre Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

Membro: Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes

Membro: Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini

Membro Suplente: Professor Mestre Alexandre Vitorino Silva

Brasília, julho de 2014.

Aos meus pais, avós e irmãos, sempre.

AGRADECIMENTOS

O processo de amadurecimento pelo qual passei nos últimos quatro anos e meio não poderia ocorrer em outro ambiente senão na profficua Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Quando pequeno, não compreendia a magnitude dessa Universidade quando observava o comprometimento do meu pai com o ambiente acadêmico da instituição. Com você, pai, aprendi que o compromisso com os nossos pensamentos é o que nos define. A concretização do nosso mundo ideal não pode se perder com as adversidades mundanas.

Minhas angústias, sejam acadêmicas ou não, foram diuturnamente compartilhadas com minha mãe, que, ao mesmo tempo em que buscava me amparar quando o desolo me acometia, travava comigo férteis discussões sobre Sociologia, Filosofia e Direito. Com você, Gisa, percebi que a grandeza dos homens se encontra em nossos corações e em nossa capacidade de compreender o outro.

Certamente, esta etapa da minha vida jamais poderia ter sido iniciada sem a participação de meu avô Waldir e da minha avó Norma. Incorporaram a figura de pai e de mãe quando precisei. Muito obrigado.

Aos meus irmãos mais velhos coube a árdua tarefa de desbravar, pela primeira vez, as trilhas pelas quais eu também acabaria passando. As adversidades que encontrei seriam ainda maiores se eu não pudesse me espelhar em vocês. São grandes exemplos para mim.

À Ana Carolina, agradeço pelo amparo em todas as dificuldades pelas quais transitei e pelos nossos momentos de alegria. Ao Elton, Lucas, Leandro, Paola e Anne, pela amizade que me ajudou a cumprir mais essa etapa.

Ao Rodrigo Mudrovitsch, agradeço pelos aconselhamentos. Saio da Faculdade com a certeza de que a sua orientação transcendeu aos limites deste trabalho e ao mundo jurídico.

Aos amigos descobertos ao longo da Faculdade, agradeço pelos momentos prazerosos e memoráveis pelos quais passamos. Saio certo de que esses laços se perpetuarão ao longo de nossas vidas.

A todos vocês, agradeço.

“Em algum momento, as pessoas percebem qual é a estrutura do poder e dominação e se comprometem a fazer algo a respeito disso. Assim ocorreram todas as mudanças na história. Não sei dizer como acontecem, mas todos temos o poder de fazê-las.”

Noam Chomsky

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo discorrer acerca da teoria do garantismo penal, apontando as suas principais características, bem como a sua importância para a sociedade contemporânea. Busca-se comprovar que, por demandar a atuação do Poder Judiciário, o garantismo penal acaba, inevitavelmente, concedendo determinados poderes para que os magistrados delimitem os fatos que serão valorados pelo Direito Penal e o conteúdo das normas a serem aplicadas ao caso concreto. Demonstra-se que, apesar de inerentes ao garantismo penal, os espaços para a atuação judicial implicam, necessariamente, na inclusão de elementos extrajurídicos no processo de tomada de decisões, evidenciando, em determinados momentos, situações tipicamente arbitrárias. Diante desse cenário, conclui-se que a incursão dos juristas por melhoras no sistema de garantias penais deve se pautar no estabelecimento de institutos capazes de minimizar os efeitos dos poderes judiciais na averiguação dos casos concretos.

Palavras-chave: Direito Penal. Garantismo Penal.

ABSTRACT

This paper aims to examine the theory of criminal legalism, pointing out its main characteristics and its importance to contemporary society. It seeks to demonstrate that, as criminal legalism demands Judicial enforcement, it must inevitably grant certain powers to magistrates, in order for them to delineate which facts will be assessed by criminal law and the content of the legal standards applied to each case. The present study shows that, although inherent to criminal legalism, judicial action necessarily implies the inclusion of extra-legal elements in the decision-making process, what indicates that arbitrary decisions are occasionally made. Given this scenario, it is concluded that, when seeking improvements to the criminal system, lawyers must chase institutions capable of minimizing the effects of judicial powers.

Keywords: Criminal Law. Criminal Legalism.

SUMÁRIO

Introdução	9
1 – A adjudicação de direitos fundamentais	12
1.1 – O garantismo penal: os direitos que devem ser inerentes aos acusados.....	15
2 – Uma questão de fato	23
2.1 – A pesquisa de Bernd Schünemann, a parcialidade do juiz e a teoria da dissonância cognitiva.....	27
3 – Uma questão de direito.....	34
3.1 – O neoconstitucionalismo, o garantismo penal integral e o abuso de princípios	39
Conclusão	49
Referências Bibliográficas.....	51

Introdução

Um estudo acerca do direito penal há de ser feito a partir da compreensão de sua intrínseca correlação com o mundo político, sociológico e econômico, nos quais a tutela por bens jurídicos passa a ser melhor delineada.

Quando se busca compreender esse ramo do Direito, é inevitável a remissão a conceitos consagrados modernamente, sobretudo aqueles esculpidos após as Revoluções Americana e Francesa, em torno das relações entre indivíduo e Estado¹.

Na vigência do Estado Moderno, o poder político e jurídico focalizou-se na figura absoluta do soberano, o qual passou a ditar, com exclusividade, as normas jurídicas que regeriam as relações entre os membros da sociedade. De acordo com Carlos Ari Sundfeld, é possível identificar as características básicas do Estado Moderno que disciplinavam o poder político por algumas premissas, notadamente (i) a não submissão do soberano à ordem jurídica estipulada aos súditos, (ii) a irresponsabilidade jurídica dos atos do soberano, que engendrou a máxima *the king can do no wrong*, (iii) a inexistência de direitos individuais oponíveis contra o Estado e (iv) a centralização do poder nas mãos do soberano².

A transição desse modelo estadista para a concepção contemporânea do Estado de Direito se deu por diversos motivos. Dentre eles, destaca-se o anseio social pela submissão do soberano à mesma ordem jurídica destinada aos seus súditos. De modo sintético, o advento do Estado de Direito significou o estabelecimento de garantias dos cidadãos em face do Estado, pois, impondo normas iguais para todos, o legislador impedia o exercício de arbitrariedades, assim como a transferência da titularidade da soberania do monarca para o povo, evitando-se, ao mesmo tempo, a disseminação do poder em diversas instituições³.

Nada obstante, as mudanças sociais esperadas pelo discurso do primeiro modelo de Estado de Direito não se efetivaram na sociedade pós Revolução Francesa e Americana. Em outras palavras, mesmo após a consagração dos corolários do paradigma do Estado de Direito liberal, as relações jurídicas não foram substancialmente rompidas com o modelo do Estado Moderno.

Na seara do Direito Penal, Eugenio Zaffaroni reconhece que o discurso liberal chegou a acarretar mudanças nas relações jurídicas, mas não aquelas almejadas pelo discurso modernista do Direito Penal, pois o exercício do direito de punir, que havia sido transferido das mãos da Monarquia para as dos burgueses, continuou a ser utilizado de forma

¹ SUNDFELD, 2010, p. 29.

² SUNDFELD, 2010, p. 34-35.

³ BOBBIO, 2006, p. 38.

instrumental⁴. As alterações na estrutura do Direito Penal limitaram-se à sua submissão a um discurso de subsidiariedade e de seletividade.

O surgimento e o desenvolvimento de uma nova e poderosa classe social, como a dos industriais e comerciantes, em concorrência com a classe estabelecida – nobreza e clero –, determinou que a primeira procurasse, por todos os meios, debilitar o poder da velha classe hegemônica e, como capítulo fundamental dessa empresa, tratasse de reduzir o poder punitivo, que era uma de suas principais armas de dominação. Esse esforço traduziu-se num discurso penal redutor e, subsidiariamente, em mudanças na realidade operativa do poder punitivo, que não deixou de ser exercido de forma seletiva mas tornou-se funcional ao crescimento e à expansão da nova classe social. (ZAFFARONI, 2007, p. 43)

Diante dessa crise do Estado de Direito liberal, especialmente após a Revolução Industrial, em virtude do descaso com os problemas sociais, do impacto social do crescimento demográfico e do agravamento das disparidades no interior da sociedade, novas reivindicações foram realizadas, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social⁵. Desse modo, gradativamente o Direito reduziu as esferas privadas de autodeterminação e ampliou as das instituições vinculadas à coletividade e ao Estado, as quais, objetivando alcançar justiça social, passaram a intervir ativamente na sociedade.

Outrossim, essa mudança na forma de compreensão do Direito, ao suprimir as esferas privadas de autodeterminação e ao expandir a da atuação do Estado, oprimiu sobremaneira os indivíduos, podendo-se verificar uma aproximação desse modelo estadista com o do Estado moderno, porquanto ambos se pautavam na autocracia.

No que tange à seara penal, o conteúdo do Direito no auge do Estado Social era, em última análise, definido pelo chefe de Estado, representante uno do povo soberano, e utilizado de forma instrumental. Zaffaroni destaca esta característica do Direito Penal do início do século XX ao afirmar que “(...) a figura humana, a linguagem ou qualquer manifestação estão dirigidas a um observador, a quem devem agradar, em atitude respeitosa e servil” (ZAFFARONI, 2007, p. 56), sendo certo que “a principal característica das leis que regiam o sistema penal passível de ser mostrado (...) era a sua frontalidade” (ZAFFARONI, 2007, p. 56).

Em face da utilização instrumental do Direito Penal, teóricos do século XX buscaram retomar as teorias liberais para legitimar a aplicação desse ramo jurídico. Nesse sentido, o desenvolvimento do garantismo penal, que, em linhas gerais, representa um resgate

⁴ ZAFFARONI, 2007, p. 43. O conteúdo do direito penal atendia às necessidades de seu novo titular, a burguesia.

⁵ MENDES, 2011, p. 155.

dos corolários do direito penal liberal, surgiu como resposta à legislação eminentemente destinada à proteção de interesses coletivos editada pelo governo italiano na década de 70⁶.

Mais especificamente na América Latina, em contraposição aos regimes totalitários da segunda metade do século XX, a doutrina do garantismo penal ganhou ainda mais força nas Constituições emancipatórias promulgadas, as quais consagraram os princípios do Direito Penal liberal. No Brasil, concomitantemente ao advento das garantias liberais no ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 também elevou a importância de determinados direitos ao consagrá-los em seu texto na formatação de princípios jurídicos.

De outra sorte, após razoável período de estabilidade política, a consagração dos corolários do Direito Penal liberal, consubstanciada na teoria do garantismo penal, passou a ser amplamente criticada pela sociedade e por juristas especializados, que afirmavam que essa doutrina possibilitaria a utilização instrumental do Direito Penal e, por conseguinte, a desigualdade na aplicação da lei penal. Nessa direção, os juristas têm enveredado seus esforços para discutir uma hermenêutica pautada nos princípios constitucionais que possibilite a igualdade na aplicação do Direito Penal.

É neste cenário que o presente trabalho pretende elucidar os corolários estruturantes do garantismo penal que se engendrou na Constituição de 1988 para que, a partir de uma análise crítica, seja possível identificar as principais dificuldades encontradas pelos juristas e pela sociedade para a sua concretização efetiva, discriminando os espaços em que a subjetividade ingressa na decisão judicial, bem como os caminhos a serem percorridos para uma adequada concepção de garantismo penal.

⁶ SANTANA, 2013, p. 551.

1 – A adjudicação de direitos fundamentais

O Constitucionalismo Contemporâneo⁷, intimamente relacionado ao fenômeno da constitucionalização das normas jurídicas, elevou determinados direitos a um patamar acima dos demais. Reconheceu-se a Constituição como estandarte dos princípios e direitos mais valiosos à sociedade e como lei superior do ordenamento jurídico, pois “os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima” (MENDES, 2011, p. 153), resguardados da instabilidade política e social⁸.

Nesse sentido, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, a Carta Magna representou o redimensionamento da práxis política e jurídica em dois níveis: o da Teoria do Estado e da Constituição e o da Teoria do Direito⁹. De acordo com Lenio Streck, as modificações causadas por esse novo modelo de constitucionalismo na Teoria do Direito acarretou a “reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (...)” (STRECK, 2011, p. 37).

Decerto, as alterações realizadas no âmbito da Teoria do Direito em nada adiantariam se a incidência das normas constitucionais às relações sociais não fosse direta e imediata. Nesse desiderato, é, atualmente, pacífica a compreensão de que um conteúdo mínimo dos Direitos Fundamentais deve ter aplicação imediata¹⁰, uma vez que a Constituição é expressão da soberania do povo, “achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, assim, ficar sob dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos” (MENDES, 2011, p. 173).

A onipresença dos Direitos Fundamentais da Constituição acarreta, por sua vez, a sua possibilidade de adjudicação pelo Poder Judiciário¹¹. Para Ferrajoli, um dos princípios de caráter geral no Constitucionalismo Contemporâneo é o da “submissão à jurisdição: para que as lesões aos direitos fundamentais sejam liberais ou sociais, sejam

⁷ O Constitucionalismo Contemporâneo ficou conhecido no Brasil pela alcunha de Neoconstitucionalismo.

⁸ MENDES, 2011, p. 153.

⁹ STRECK, 2011, p. 37.

¹⁰ Nessa direção, o artigo 5º, §1º, da Constituição de 1988 afirma que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”

¹¹ Importante destacar que, na seara do Direito Penal, concomitantemente ao início da consecução de direitos coletivos no âmbito de tutela do Estado, ocorreu uma mudança na compreensão da forma de apuração dos fatos criminosos. No modelo social, “o júri popular passa a ser compreendido como um obstáculo a uma compreensão mais científica do criminoso e do crime” (RAUTER, 2003, p. 29) e, como o ato de julgar passa a ser concebido a partir de uma técnica, volta-se a atribuir ao magistrado o papel de apreciar os delitos. Nesse sentido, verifica-se que a ampliação do papel do magistrado técnico no papel de apreciar as causas penais teve o condão de atribuir ao julgamento um caráter mais objetivo. Apenas após a transição do paradigma liberal para o social é que ocorreu a consolidação do papel do juiz imparcial na apuração dos fatos delituosos. Enquanto no modelo liberal os julgamentos deveriam ser realizados pelo júri, com o objetivo de reduzir eventual hipertrofia do magistrado defronte a um caso criminal, no modelo social “o júri popular passa a ser compreendido como um obstáculo a uma compreensão mais científica do criminoso e do crime” (RAUTER, 2003, p. 29) e, como o ato de julgar passa a ser concebido como uma técnica, atribuiu-se ao juiz o papel de julgar os crimes (RAUTER, 2003, p. 30). Assim, paulatinamente, o papel do júri popular foi reduzido, enquanto o do magistrado técnico, ampliado.

sancionadas e removidas é necessário que tais direitos sejam adjudicáveis, ou seja, acionáveis em juízo (...)” (FERRAJOLI, 2014, p. 844).

Diante disso, é indene de dúvidas que o advento do Constitucionalismo Contemporâneo em meados do século XX abriu espaço para a atuação do Poder Judiciário efetuar a concretização dos Direitos Fundamentais¹².

Na América Latina, juntamente ao advento do Constitucionalismo Contemporâneo, emergiu, em contraposição aos regimes totalitários da segunda metade do século XX, doutrina jurídica pautada na limitação do poder punitivo do Estado, ensejando, de outra sorte, a estipulação de direitos de primeira geração que passaram a representar uma garantia dos indivíduos contra o arbítrio estatal.

O surgimento do Constitucionalismo Contemporâneo na América Latina foi fortemente marcado não somente pela superposição da Constituição sobre os demais ramos jurídicos, como também pela estipulação e pela percepção da necessidade do efetivo cumprimento de garantias dos indivíduos face à atuação estatal.

Justamente pelo seu surgimento após regimes ditatoriais, é possível afirmar que as Constituições latino-americanas referendadas após os períodos totalitários da segunda metade do século XX expressaram a demanda das sociedades pela consecução de direitos de ordem social e liberal – no sentido de designação de esfera indevassável para a autonomia privada.

No Brasil, foi a Constituição de 1988 que consolidou como bem jurídico superior o direito à saúde, à previdência social, à assistência social e à moradia, e, ao mesmo tempo, o direito à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, à presunção de inocência, entre outros. Desde a promulgação dessa Carta, exige-se a efetiva irradiação desses direitos fundamentais a todas as relações jurídicas.

Nesse viés, é inegável que, desde a mudança dos paradigmas institucionais realizada pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário vem, cada vez mais, revigorando o seu papel como adjudicador desses direitos aos casos concretos. Quanto aos direitos sociais, o Poder Judiciário tem buscado, na medida do razoável, suprir as omissões inconstitucionais deixadas tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Legislativo.

Do mesmo modo, principalmente no que concerne às matérias de direito penal, é indiscutível a importância do Poder Judiciário no processo de concretização dos

¹² Bauman chega a destacar que concomitantemente ao surgimento da descrença da modernidade, o papel dos legisladores perdeu importância na sociedade e o dos intérpretes aumentou. Nesse sentido, “o mundo contemporâneo é impróprio para os intelectuais como legisladores; o que aparece à nossa consciência como uma crise de civilização ou o fracasso de um certo projeto histórico é a crise genuína de um papel particular e a experiência correspondente de redundância coletiva da categoria que se especializou em desempenhar esse papel.” (BAUMAN, 2010, p. 170)

direitos individuais nas relações jurídicas envolvendo cidadãos e relevantes interesses públicos, estabelecendo, não somente por meio de sua jurisprudência, como também pela edição de enunciados sumulados, diretrizes de interpretação de dispositivos legais a todos os agentes públicos.

Ocorre que a atuação do Poder Judiciário no âmbito da adjudicação de direitos individuais em casos concretos tem sido feita de forma irregular e inconstante. A aplicação dos direitos individuais carece de integridade e de consistência, de modo a retirar a previsibilidade dos julgamentos de fatos semelhantes.

Muito disso se deve ao crescente número de magistrados que afirmam que a justiça “emana exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo à letra fria da lei”¹³, isto é, que, como o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros, compreendem que “o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros” e que “ninguém nos dá lições”, “não somos aprendizes de ninguém”¹⁴.

Nessa toada, pode-se compreender o processo de tomada de decisões pelo Poder Judiciário como decorrente “não de um processo racional de formação da convicção, mas defluem de posições subjetivas, frutos da experiência individual do julgador e de seus preconceitos” (REALE JÚNIOR apud ATIENZA, 2011, p. 305). No âmbito penal, esse tipo de comportamento tem severas consequências para o acusado, pois não basta que este detenha um direito em determinada situação jurídica, sendo certo que está submetido à parcialidade do órgão incumbido de adjudicar as suas garantias ao caso concreto.

Paulo Queiroz, Procurador Regional da República da 1ª Região, exemplifica a constatação de que as decisões derivam de impulsos do juiz, as quais são fundamentadas de forma retrospectiva¹⁵ quando assevera que

(...) ordinariamente, por mais que tenhamos motivos, legais ou não, para condenar, condenamos por quisermos condenar e porque julgamos importante fazê-lo; inversamente: por mais que tenhamos motivos, legais ou não, para absolver, absolvemos porque queremos absolver e julgamos importante fazê-lo. Em síntese: sempre que condenamos ou absolvemos, fazemo-lo porque queremos fazê-lo, de sorte que, nesse sentido, a condenação ou a absolvição não são atos de verdade, mas atos de vontade¹⁶.

Desse modo, a despeito do inegável papel da magistratura na adjudicação de direitos individuais em casos concretos, parcela crescente dos juristas vem criticando a forma

¹³ Trecho do discurso feito pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, em 10/01/2003, na posse de novos juízes no Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.amerj.org.br>

¹⁴ Trechos do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em REsp n° 279.889/AL, julgado em 03/04/2001, DJ 11/06/2001, STJ.

¹⁵ REALE JÚNIOR, 2011, p. 310.

¹⁶ QUEIROZ, Paulo. O que é o Direito? Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/o-que-e-o-direito/>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

como a concretização dos direitos individuais tem sido procedida, principalmente na seara penal. De acordo com esses juristas, o Poder Judiciário, quando se depara com determinadas situações, profere decisões tipicamente arbitrárias¹⁷.

Diante das críticas que permeiam a atividade jurisdicional no que tange à aplicação da lei penal garantista, instituída pela Constituição de 1988, deve-se, inicialmente, identificar as características do garantismo penal para, a partir de então, buscar relacioná-lo ao decisionismo que lhe imputam como causa.

1.1 – O garantismo penal: os direitos que devem ser inerentes aos acusados

Inicialmente, antes de esmiuçar os direitos inerentes ao garantismo penal, faz-se imprescindível compreender o contexto em que o Direito passou a ser concebido como uma garantia em face da atuação estatal.

A transição do modelo estadista Moderno para o de Estado Direito ocorreu por diversos fatores, mas, certamente, um dos que adquire maior relevância é o da necessidade de submissão do soberano à integralidade da ordem jurídica. Sucintamente, o advento do Estado de Direito transferiu a soberania das mãos do monarca para o povo, de modo a assegurar aos indivíduos, impedindo que o poder se disseminasse por diversas instituições e assegurando o estabelecimento de regras iguais para todos. Nascida sob o influxo da forte reação contra os regimes absolutos, em que o poder político se exercia de forma despótica e arbitrária, a moderna concepção de Estado de Direito traduz, basicamente, uma ideologia de limitação desse poder” (GOMES FILHO, 2013, p. 21).

Na visão dos teóricos do paradigma do Estado de Direito, a sociedade deveria se organizar por meio de um contrato social que, ao mesmo tempo que era tido como imprescindível, pois, “se fosse possível, cada um de nós desejaria que os pactos que vinculam os outros não nos vinculassem” (BECCARIA, 2002, p. 43), cindir-se-ia tão somente aos pontos essenciais para garantir a liberdade dos homens, uma vez que foi a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade, isto é, “cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo” (BECCARIA, 2002, p. 43). Decerto, eis que “pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder” (GONET BRANCO, 2011, p. 155), o Direito representava uma garantia do indivíduo face à atuação do Estado, visto como opressor à liberdade do homem.

¹⁷ MAGALHÃES, 2010, p. 191-192.

Nesse viés, verifica-se que a ruptura com o paradigma do Estado Moderno se pautou sobremaneira no advento dos corolários da estrita legalidade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, o Direito Penal, cuja estrutura dogmática como compreendida hoje surgiu apenas no Estado de Direito, também refletiu os ideais da época. Sob esse paradigma, Cesare Beccaria aponta quatro características do Direito Penal em um Estado fundado no Poder Legislativo¹⁸.

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social (...).

A segunda consequência é que se cada membro em particular está ligado à sociedade, essa sociedade está igualmente ligada a cada um de seus membros por um contrato que, por sua natureza, obriga ambas as partes. Essa obrigação, que desce do trono até a choupana e liga igualmente o mais poderoso e o mais miserável dos homens, nada mais significa senão que é do interesse de todos observar os pactos úteis à maioria. (...)

A terceira consequência é esta: ainda que se provasse que a atrocidade das penas, não sendo imediatamente oposta ao bem comum e ao próprio fim de impedir os delitos, fosse apenas inútil, ela seria, ainda assim, contrária (...) à justiça e à natureza do próprio contrato social.

Quarta consequência. Nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juízes criminais, pela própria razão de não serem eles legisladores. (...) Em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for coagido, ou quiser formular mesmo que só dois silogismos, estará aberta a porta à incerteza (BECCARIA, 2002, p. 44-46).

Apesar de o Direito alienígena se valer de fundamentos desse paradigma há várias décadas, é possível que, no Brasil, a incorporação do garantismo ao sistema jurídico tenha ocorrido somente com o advento da Constituição de 1988. Antes desse simbólico marco, o Estado brasileiro se caracterizava pela paulatina violação a garantias individuais em prol do interesse público, os quais ensejaram a suspensão do direito de impetração de *habeas corpus* em determinadas hipóteses, mitigação do direito de liberdade de expressão, de sigilo e de privacidade, de associação, *etc.*

Certamente, para a compreensão da difícil tarefa incumbida à Constituição de 1988, qual seja, a de delinear esfera indevassável de direitos individuais, mister compreender que o paradigma garantista decorre da efetivação de um Estado Democrático de

¹⁸ Insta salientar que, quanto à apreciação dos fatos criminosos, o paradigma liberal do Direito Penal, certo que fundado na estrita legalidade e como atividade “de bom senso”, ‘experiência de vida’, ‘de moralidade’” (RAUTER, 2003, p. 29), conferia ao júri popular a função de apreciação dos fatos criminosos, mormente pelo fato de, “ao aplicar a lei, o juiz, em razão de seu próprio saber e especialização, poderia hipertrofiar-se em suas funções” (RAUTER, 2003, p. 29). Nesse sentido, o “júri popular, formado por representantes do povo, seria um elemento de moderação a impor limites ao arbítrio do juiz” (RAUTER, 2003, p. 29).

Direito e, concretamente, encarrega-se de formular as técnicas de garantias idôneas a assegurar o máximo de efetividade aos direitos reconhecidos¹⁹.

Porquanto o papel do Poder Judiciário na adjudicação dos direitos reconhecidos foi amplamente consagrado no Constitucionalismo Contemporâneo, a atuação judicial na consecução de direitos e garantias inerentes ao paradigma garantista passou a ser elemento essencial na análise da teoria do garantismo penal.

Nada obstante, ao mesmo tempo em que o advento do Constitucionalismo Contemporâneo favorece a consagração dos ideais do garantismo penal, pois elenca na lei maior os ideais que norteiam a sociedade, ele dificulta a conjugação dos direitos inerentes a essa teoria, uma vez que a abertura principiológica pode, em casos extremos, reduzir a força normativa por uma via oblíqua²⁰.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli, que, dos juristas que descreveu o constitucionalismo garantista no âmbito penal, é o mais reconhecido no Brasil, afirma existir duas compreensões acerca do Constitucionalismo Contemporâneo²¹, uma ligada a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino e Gustavo Zagrebelsky, tida por ele como um constitucionalismo jusnaturalista²², e outra ligada ao paradigma garantista, concebido como um constitucionalismo juspositivista.

De acordo com Ferrajoli, o constitucionalismo jusnaturalista teria nítida matriz anglo-saxônica, caracterizando-se pela (i) incorporação da moral no aspecto interno do direito²³, (ii) “pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção” (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 21) e (iii) pela confiança na atividade jurisdicional. Por sua vez, o constitucionalismo juspositivista de Ferrajoli rejeita (i) a confusão entre direito e moral, (ii) a contraposição feita entre regra e princípio e (iii) o papel da ponderação na prática jurisdicional.

¹⁹ PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 41.

²⁰ Com a constitucionalização de direitos fundamentais na forma de princípios, expandiu-se a utilização da técnica da ponderação como instrumento de resolução de conflitos normativos. Nesse sentido, Streck, incorporando as críticas feitas por Habermas ao uso da ponderação, adverte que essa técnica “sempre leva a uma abstração em face do caso, circunstância que ‘reabre’ para o juiz a perspectiva de uma argumentação sobre ‘o caráter fundamental ou não do direito’, já reconhecido desde o início como fundamental, e assim acaba tratando esses direitos como se fossem ‘valores negociáveis’, com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituída pelo ‘discurso adjudicador’ da teoria da argumentação jurídica” (STRECK, 2012, p. 239)

²¹ De certo modo, a classificação desenhada por Ferrajoli acaba sendo simplista, pois é cediço que as teorias normativas de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino e Gustavo Zagrebelsky apresentam sintomáticas diferenças. Nesse ponto, a classificação de Ferrajoli mostra-se interessante para exemplificar o modelo normativo que o garantismo penal exige, não sendo, no entanto, parâmetro para classificar as teorias desses renomados juristas.

²² Possivelmente, esses autores não chegariam a se auto-intitular como jusnaturalistas, mas, certamente, classificar-se-iam como pós-positivistas.

²³ Nessa direção, vale a pena destacar que Habermas consigna que, nos sistemas constitucionais, “a moral não está mais suspensa no ar, acima do direito, assim como sugeria a construção do direito natural nos termos de um conjunto supralegal de normas; agora, a moral reside no próprio coração do direito positivo”. (HABERMAS apud FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 20)

Com relação à distinção entre direito e moral, Ferrajoli assevera que o pressuposto do constitucionalismo juspositivista, que é o cognitivismo ético e a separação entre o direito e moral, é, também, fundamento e garantia do pluralismo moral das sociedades complexas²⁴, distinguindo do sistema a validade da justiça²⁵. Desse modo, permite-se “que não se incorra nas falácias provenientes desta confusão: a falácia jusnaturalista, consistente na identificação da validade com a justiça (...); e a falácia ético-legalista, consistente na oposta identificação da justiça com a validade” (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 33).

Ao tratar da distinção entre os conceitos de regra e de princípio realizada pelos teóricos do constitucionalismo jusnaturalista, Ferrajoli destaca que essa diferenciação é responsável pelo enfraquecimento normativo do conteúdo desses direitos, na medida em que a Constituição deixa de assumir um conjunto de normas vinculantes, e passa a ser concebida como tábula dos “princípios morais, cujo respeito, quando estão em conflito entre eles, é remetido à discricionariedade argumentativa do intérprete” (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 44). Para o jurista italiano, a diferença substancial entre os princípios e regras é, em suma, uma questão de estilo, em que os direitos proclamados por aqueles tipos de normas são retoricamente enfatizados em razão de sua relevância política²⁶, mas, à parte o estilo, “qualquer princípio que enuncia um direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais direitos consistem e as obrigações e proibições correlatas, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente” (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 40).

No tocante ao uso da ponderação, Ferrajoli destaca que, enquanto o constitucionalismo jusnaturalista expande a utilização deste instrumento na resolução de conflitos entre princípios, o constitucionalismo juspositivista busca minimizar o seu espaço na prática judicial, uma vez que a compreende como “uma técnica legislativa que amplia, indevidamente, a discricionariedade judicial até ameaçar a submissão do juiz à lei” (FERRAJOLI, 2012, p. 49), em que o magistrado realiza a “atividade de escolha ‘orientada’ pela ‘exigência de justiça substancial’” (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 49).

É assim que, na perspectiva de Ferrajoli, apenas o constitucionalismo juspositivista teria a aptidão de englobar o paradigma garantista, composto por quatro elementos intrínsecos definidos como

²⁴ Contrapondo-se à modernidade, percebe-se que o “período pós-moderno se distingue por abandonar a própria busca, tendo se convencido de sua futilidade. Em vez disso, ele tenta se conciliar com uma vida sob condições de incerteza permanente e incurável; uma existência em presença de uma quantidade ilimitada de formas competidoras de vida, incapaz de provar que seus termos se baseiam em algo mais sólido e vinculante que as suas próprias convenções historicamente conformadas” (BAUMAN, 2010, p. 167).

²⁵ FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 33.

²⁶ FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 40.

o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes (FERRAJOLI, 2002, p. 788)²⁷.

Em seu aspecto substancial, a teoria do garantismo penal de Ferrajoli pauta-se em dez premissas fundamentais, notadamente (i) princípio da retributividade²⁸, (ii) princípio da legalidade²⁹, (iii) princípio da necessidade³⁰, (iv) princípio da lesividade³¹, (v) princípio da materialidade³², (vi) princípio da culpabilidade³³, (vii) princípio do contraditório³⁴, (viii) princípio acusatório³⁵, (ix) princípio do encargo da prova³⁶ e (x) princípio da jurisdicionalidade³⁷, coincidindo, em parte, com os corolários do Direito Penal moderno estipulado por Cesare Beccaria.

Uma classificação desses princípios em três categorias torna-se possível. Os princípios da retributividade, da legalidade e da necessidade estariam diretamente relacionados ao estabelecimento dos critérios de estipulação do que deve ser objeto de punição. Por sua vez, porquanto afetos aos conteúdos das proibições das normas penais, os

²⁷ Nesse sentido, vale a pena destacar que, apesar das corriqueiras práticas escusas, antes de 1988, o modelo estatal brasileiro detinha certo grau de vinculação com o ordenamento jurídico, que, no entanto, carecia de legitimidade para com a população brasileira, bem como prescindia de validade e de justiça, porquanto não apresentava justificação do ponto de vista ético-político.

²⁸ O princípio da retributividade no garantismo penal estabelece o critério pelo qual a lei penal deve ser aplicada aos indivíduos, de modo que aquele que não praticou nenhum ato tido como ilícito seja penalizado. Referida garantia serve para que a punição seja atribuída apenas à conduta praticada pelo indivíduo, e não à pessoa que ele é, excluindo a punição do inocente ainda que considerado perigoso e propenso ao delito (FERRAJOLI, 2014, p. 339).

²⁹ De forma concisa, o princípio da legalidade “representa uma baliza intransponível nas relações entre o poder político e o indivíduo, pois somente a lei pode proibir condutas” (GOMES FILHO, 2013, p. 22), de modo a se estabelecer um limite não somente aos poderes Executivo e Judiciário quando do exercício de suas atividades, como também ao próprio Poder Legislativo, que deve observar a o texto fundamental na edição de novos atos normativos.

³⁰ A premissa da necessidade, também denominada como da economia das proibições penais, consiste na utilização do sistema penal como *ultima ratio* no modo de resolução de conflitos, pois “proibir uma grande quantidade de ações diferentes não é prevenir os delitos que delas podem nascer, mas criar outros novos” (BECCARIA, 2002, p. 131). Decerto, “se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável” (BITENCOURT, 2011, p. 43).

³¹ Umbilicalmente relacionado ao princípio da necessidade está o da lesividade, segundo o qual a necessidade das leis penais fica condicionada pelos efeitos que a conduta praticada produz. Desse modo, tem-se que somente é admissível a configuração de um delito quando um evento de interesse da legislação – princípio da legalidade e da necessidade – sofre um ataque efetivo.

³² Consoante o princípio da materialidade, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação humana, e não de estado anímico interior (FERRAJOLI, 2014, p. 440) ou em idealizações, assegurando-se, destarte, a possibilidade de verificação e falsificação factual (FERRAJOLI, 2014, p. 650).

³³ De acordo com o princípio da culpabilidade, uma vez que “não é conduta o fato humano em que um homem toma parte como uma mera peça mecânica” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 362), não são passíveis de valoração na seara penal os fatos praticados de forma involuntária pelo indivíduo.

³⁴ De forma sucinta, o conteúdo da garantia do contraditório consiste na ciência efetiva do acusado a respeito do que se passa no instrumento formado para a verificação factual e jurídica das imputações que lhe são atribuídas, bem como da oportunidade de participação ativa para a obtenção de um resultado favorável (GOMES FILHO, 2013, p. 35). Para Ferrajoli, o contraditório é o direito do acusado de ter a possibilidade de refutar e de elaborar contraprovas aos fatos que lhe são imputados (FERRAJOLI, 2014, p. 144).

³⁵ Igualmente relevante para o estabelecimento das garantias penais de Ferrajoli é o princípio acusatório, que estipula a diferenciação dos sujeitos com funções postulantes dos com atribuições judicantes, condicionando estes ao papel de espectadores passivos e desinteressados (FERRAJOLI, 2014, p. 522).

³⁶ Em relação ao encargo da prova, Ferrajoli consigna que é “regra fundamental do jogo processual segundo a qual a formulação de uma acusação gera o ônus de prová-la, e não é o imputado que deve provar ser inocente” (FERRAJOLI, 2014, p. 676).

³⁷ O princípio da jurisdicionalidade, que, dos que foram elencados até o momento, é o mais importante para o objeto deste trabalho, possui duas precípuas feições, quais sejam, a da presunção de inocência, eis que somente após a prolação de sentença condenatória emanada de autoridade imparcial é que um indivíduo pode ser considerado culpado, e a da submissão da imputação penal à apreciação de órgão jurisdicional.

princípios da lesividade, da materialidade e da culpabilidade comporiam as garantias substanciais do direito penal, contrapondo-se aos de índole instrumental, compostos pelos corolários da jurisdicionalidade, do princípio acusatório, do encargo da prova e do contraditório, eis que referentes aos métodos e às formas de comprovação do fato e do delito³⁸.

Decerto, ainda que haja a previsão de todos esses princípios em um ordenamento jurídico, o sistema de garantia penal de Ferrajoli acaba se enfraquecendo em decorrência da necessidade de submissão de conflitos de índole penal à apreciação judicial. A jurisdicionalidade de que trata Ferrajoli, apesar de inarredável, implica consequências ferozes à igualdade na aplicação da lei, uma vez que

o juiz não é apenas um fiel aplicador do ditame legal, em trabalho meramente cognoscitivo, mas realiza um trabalho construtivo, constitutivo, no qual o fato concreto assume um papel de incitamento, provocando que o intérprete no juízo decisório concretize a norma a partir do caso em exame (REALE JÚNIOR, 2011, p. 306).

Aliás, não poderia mesmo ser diferente, posto que, com a superação do paradigma positivista no Direito, verificou-se que “a lei não se põe como um referencial seguro de uma aplicação uniforme do direito, sujeitas suas expressões a interpretações conflitantes” (REALE JÚNIOR, 2011, p. 306).

Assim, apesar de o modelo garantista juspositivista ter como preocupação a vinculação do magistrado à lei, em virtude do inerente espaço interpretativo concedido pelo Constitucionalismo Contemporânea à atividade judicial, Ferrajoli admite que mesmo no sistema garantista mais aperfeiçoado existem espaços para que o aplicador da lei penal exerça três tipos de poderes: (i) o poder de comprovação probatória ou de verificação fática, (ii) o poder de denotação ou de verificação jurídica e (iii) o poder de conotação ou de compreensão equitativa³⁹.

Por certo, diante desses inafastáveis espaços de poder judicial, desconstrói-se a concepção de que, em razão da racionalidade com que é elaborada, a decisão judicial possui nuances universais, “como um silogismo que revela a verdade tendo em vista sua estrutura interna, como se a ‘decisão já tivesse contida no direito’” (REALE JÚNIOR, 2011, p. 306). A estruturação do raciocínio judicial tem como alicerces hipóteses jurídicas cujas interpretações são influenciadas pela postura do magistrado e transmitidas ao processo judicial por meio desses três espaços de poder elucidados por Ferrajoli.

³⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 425.

³⁹ FERRAJOLI, 2014, p. 42.

Nesse sentido, o poder de verificação fática conferido aos magistrados se traduz na adoção de uma versão fática a partir dos elementos probatórios trazidos pelas partes processuais. Evidentemente, as provas angariadas pelas partes constituem “sempre a conclusão mais ou menos provável de um processo indutivo, cuja aceitação é, por sua vez, um ato prático que expressa um poder de escolha a respeito de hipóteses explicativas alternativas” (FERRAJOLI, 2014, p. 42).

O uso de palavras equivocadas e de juízo de valor na descrição dos fatos imputados e na realização das provas representa, melhor, uma técnica de esvaziamento das garantias penais e processuais por parte dos juízes (...). E pode produzir a dissolução total das garantias, quando a indeterminabilidade das denotações fáticas se combina com a das denotações jurídicas (...) (FERRAJOLI, 2014, p. 121).

No que tange ao poder de verificação jurídica, o magistrado, diante do texto legal que consubstancia o direito pertinente ao caso concreto, deve optar por determinada interpretação em detrimento de outra. Nessa toada, conforme elucidado pela filosofia da linguagem desde o início do século XX ⁴⁰, a compreensão os predicados textuais é demasiadamente influenciada por pré-concepções de seu intérprete. Não bastasse isso, em uma sociedade em que emerge a complexidade, é certo que os predicados tendem à pluralidade e indeterminação semântica, o que fez com que Ferrajoli compreendesse que a atividade de interpretação da lei “nunca é uma atividade exclusivamente cognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas” (FERRAJOLI, 2014, p. 42).

A despeito disso, tendo sido delimitado o quadro fático a partir das provas angariadas pelas partes processuais e adotada a interpretação do direito pertinente ao caso concreto, deve o magistrado realizar a subsunção deste à moldura delimitada levando em consideração as peculiaridades do caso concreto. “A individualização das características particulares do fato e as conseqüentes valorações configuram a chamada equidade do juízo” (FERRAJOLI, 2014, p. 149), a qual serviria “para preencher a distância entre a abstração do pressuposto típico legal e a concretização do caso em julgamento” (FERRAJOLI, 2014, p. 149). Deveras, o poder de conotação – equidade do juízo – compreende apenas a possibilidade do magistrado de transmitir as características acidentais do caso individual verificado e não conotados pela norma legal ao provimento jurisdicional.

⁴⁰ Concordando com Hassemer, Bernd Schünemann aduz que “a interpretação no direito penal realiza-se, portanto, [...] não como um círculo, mas muito mais como uma espiral [...]. Suporte fático da norma e situação fática não se condicionam reciprocamente apenas uma única vez e em um mesmo nível hermenêutico, mas sim por várias vezes e cada vez em um nível hermenêutico distinto, mais ‘elevado’ [...]. A cada novo olhar tem-se um outro suporte fático melhor compreendido através da situação fática, mas ao mesmo tempo uma outra situação fática melhor compreendida através do suporte fático [...]. Este processo, na verdade, não se realiza em etapas ou em degraus, mas sim em ‘ondulações’ [...]. Trata-se de um processo de desdobramento recíproco de suporte fático e situação fática, sob a categoria da simultaneidade”. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 288)

Qualquer tipo de abuso em um desses três tipos de poderes judiciais que compõe o raciocínio judicial e que são insuprimíveis em um sistema garantista podem conduzir o magistrado ao ilegítimo exercício de um quarto poder – o poder de disposição –, pelo qual, ignorando os corolários do garantismo penal, o juiz passa a dispor da decisão a ser tomada no caso concreto de modo potestativo.

Este poder cresce – a expensas do poder de verificação das circunstâncias conotadas equitativamente – quanto mais se estendem os espaços de insegurança dos pressupostos cognitivos da decisão judicial, por defeito de uma ou de mais de uma das garantias penais e processuais penais, até excluir por completo os outros dois poderes e configurar-se como poder de disposição ‘absoluto’, quando a insegurança é total (FERRAJOLI, 2014, p. 159).

Apesar do risco existente na utilização abusiva desses espaços para a disposição judicial, Ferrajoli defende ser possível que a epistemologia garantista elucide restrições ao exercício dos legítimos poderes judiciais, de modo que o juízo se baseie estritamente na verdade do processo, e não em valores quaisquer⁴¹.

Este trabalho buscará identificar, a partir de agora, algumas dificuldades que o Direito, em especial o brasileiro, tem encontrado na identificação do espaço legítimo de utilização do poder de verificação fática e jurídica.

⁴¹ FERRAJOLI, 2014, p. 64-65.

2 – Uma questão de fato

Desde os idos pensamentos romanos, é cediço que o Direito busca regular as relações jurídicas existentes entre os mais diversos sujeitos de direito, nascendo, daí, a ideia de que em toda sociedade existe Direito, isto é, existem normas a serem aplicadas aos relacionamentos sociais. Por certo, isso não é diferente no Direito Penal, que tem o escopo de tutelar as condutas humanas.

Nesse sentido, “o direito em geral – e o direito penal em particular – limita-se a agregar um desvalor jurídico a certas condutas” (ZAFFARONI, 2011, p. 358). “Quando o direito desvaloriza uma conduta, ao mesmo tempo que a conhece, realiza a seu respeito um ato de conhecimento, e o legislador limita-se a considerá-la desvalorada (má)” (ZAFFARONI, 2011, p. 357).

Nesse viés, a verdade dos fatos submetidos ao julgamento adquire uma tônica extremamente significativa para o deslinde da aplicação da lei penal, principalmente quando se verifica que, em uma sociedade hipercomplexa, existe uma pluralidade de acepções dos vocábulos e dos conceitos normativos a serem aplicados aos fatos submetidos à apreciação do magistrado.

Desde a primeira apuração do fato até a formulação da sentença judicial, trabalha-se com hipóteses de versões fáticas que jamais serão idênticas à verdade objetiva. O ato de investigar, inerente à fase inquisitorial, é muito similar à tarefa de um historiador. A partir de elementos probatórios do presente, busca-se, por via indutiva, estipular uma verdade razoavelmente plausível para ser levada à apreciação judicial. O estabelecimento de linhas investigativas nada mais é do que a definição da versão mais plausível de um fato por meio da preleção e da valoração dos elementos de convicção formulados até o momento.

Em juízo, esse cenário não muda muito⁴². A delimitação da verdade processual em um instrumento de garantia de direitos individuais se concretiza por meio de provas que tenham aptidão de demonstrar a veracidade de determinada versão factual. Nessa direção, ao se deparar com os elementos de provas trazidos ao processo judicial, a atividade judicial também adquire tonalidades do papel de um historiador. O magistrado, “ouvindo os partícipes da ocorrência, e analisando os documentos e perícias que os revelam no seu conteúdo, constata a verdade provável ou razoavelmente plausível” (REALE JÚNIOR, 2011, p. 306).

⁴² Decerto, a problemática adquire tons ainda mais dramáticos quando se percebe que a versão factual trazida para o julgamento do magistrado já está submetida a um juízo de subjetividade das partes que a submeteram ao Poder Judiciário que, certamente, já a contaminou de forma irreversível com invólucros de subjetividade.

Decerto, a formação da verdade processual, tida como uma razoavelmente plausível,

é o resultado de uma ilação de fatos ‘provados’ do passado e fatos ‘probatórios’ do presente, e que esta ilação, (...), tem a forma de uma inferência indutiva, na qual as premissas são constituídas pela descrição do acontecimento que deve explicar e as provas praticadas, enquanto a conclusão é constituída pelo enunciado do fato, que se considera provado pelas premissas. (FERRAJOLI, 2014, p. 124)

Desse ponto de vista, é certo que

A ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. (FERRAJOLI, 2014, p. 53)

A identidade da verdade objetiva dos fatos com a verdade processual não esbarra apenas no limite da valoração das provas, como também na forma de instrumentalização e captação do acervo probatório carregado. A atividade do juiz não se adstringe à valoração das provas para o estabelecimento da verdade processual, mas consiste, também, no revolvimento e na obtenção delas.

Deveras, o sistema indutivo de apreciação de provas acarretou, desde o seu estabelecimento como paradigma, a necessidade de formação de um instrumento para a acareação de todos os elementos esclarecedores dos fatos trazidos a julgamento. Em um primeiro momento, o inquérito nasceu como

uma forma política, uma forma de gestão, de exercício de poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder (FOUCAULT, 2001, p. 77).

Nada obstante a mudança paradigmática do Estado pré-moderno para o Estado de Direito ter alterado a concepção do conceito de processo como um instrumento de dominação para a de um utensílio para o estabelecimento das garantias individuais, é inequívoco que o seu conteúdo continua designando uma verdade sobre a qual o julgamento será pautado. Por óbvio, a verdade processual influencia sobremaneira a tutela do Direito Penal, eis que a mera aplicação de seus corolários normativos não são suficientes para a concretização das intenções da racionalidade⁴³.

⁴³ Luigi Ferrajoli chega a consignar que a “legalidade estrita ou taxatividade das leis penais é uma condição necessária, mas não também suficiente para garantir a verificabilidade processual” (FERRAJOLI, 2014, p. 119).

Em função dos derradeiros limites na compreensão da verdade objetiva, o estabelecimento da verdade processual em um instrumento de garantia do indivíduo deve ser realizado à luz de princípios que “reduzem ao mínimo o poder de verificação ou denotação fática do juiz e a arbitrariedade de sua convicção” (FERRAJOLI, 2014, p. 145), os quais compõem a garantia da estrita jurisdicionariedade processual.

O primeiro desses princípios tidos por Ferrajoli como indispensáveis ao processo penal moderno é o da submissão à jurisdição em sentido lato, consistente na atribuição de independência⁴⁴ e imparcialidade⁴⁵ do magistrado, do qual decorrem a submissão da função judiciária apenas à lei, bem como da desvinculação da função judicante da de acusação. O segundo é o da presunção de inocência, o qual atribui ao processo e à decisão de condenação a condição em cuja ausência o acusado não pode ser considerado culpado⁴⁶, desdobrando-se a atribuição do ônus da prova à acusação. Por último está o princípio do contraditório, consubstanciado na possibilidade do acusado de ter ciência da imputação e ter possibilidade efetiva de influenciar o ato decisório⁴⁷.

Na mesma direção⁴⁸, Antônio Magalhães Gomes Filho consigna ainda outros princípios imprescindíveis para a irradiação dos fundamentos do processo penal moderno⁴⁹. Além da independência e imparcialidade do juiz, da presunção de inocência e do contraditório, assevera Gomes Filho que o princípio do juiz natural⁵⁰, a “paridade de armas”

⁴⁴ Para Antônio Magalhães Gomes Filho, a independência do órgão jurisdicional tem duas conotações, a interna e a externa: “A independência tem a ver com a posição do magistrado dentro do quadro dos órgãos estatais, significando que o exercício da função jurisdicional não se subordina a determinações ou orientações provenientes de outros poderes (independência externa) ou mesmo de outros órgãos do próprio Judiciário, ainda que superiores (independência interna)” (GOMES FILHO, 2013, p. 33).

⁴⁵ O juiz estar sempre “*super partes*, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, acima portanto dos interesses em conflito” (GOMES FILHO, 2013, p. 34).

⁴⁶ FERRAJOLI, 2014, p. 676.

⁴⁷ “Ele corresponde, essencialmente, [...] ao método de formação das provas e de verificação da verdade, fundado não no juízo potestativo mas num conflito disciplinado e ritual entre as partes contrapostas: a acusação, expressão do interesse punitivo do Estado, e a defesa, expressão do interesse do imputado de ver-se livre de acusações infundadas e permanecer imune à aplicação de uma pena arbitrária” (FERRAJOLI, 2014, p. 677).

⁴⁸ É importante deixar claro que um sistema que busca concretizar os princípios processuais inerentes ao estabelecimento das garantias do acusado sem aplicar os corolários de direito material inerentes não tem o condão de representar uma garantia contra o exercício arbitrário do direito de punir. Também é imprescindível aclarar que, assim como todo o sistema garantista, esse modelo de processo como garantia do indivíduo também é um modelo limite, uma vez que a seleção de uma verdade provável está ligada, em última análise, a uma particular compreensão das provas carreadas pelo órgão jurisdicional. Como afirmado acima, a verdade dos fatos é sempre uma verdade plausível sobre eles, mas nunca uma verdade objetiva.

⁴⁹ Insta salientar que, na mesma direção que Ferrajoli, Gomes Filho destaca que “as garantias em questão não apenas se somam ou justapõem, mas se articulam em relações mais complexas; na verdade, há entre elas uma interpenetração recíproca, de tal modo que umas conferem efetividade às outras e são também por estas reforçadas, dando lugar a um sistema circular apto a assegurar, em níveis cada vez mais elevados, a proteção do indivíduo por meio do processo”. (GOMES FILHO, 2013, p. 29). Nessa direção, Gomes Filho destaca que “a isso tudo deve acrescentar-se ainda que no campo penal que tal interpenetração não se esgota no terreno próprio das garantias processuais, mas também diz respeito ao conjunto de garantias de direito material” (GOMES FILHO, 2013, p. 29). A bem da verdade, conforme asseverado no início deste trabalho, a atividade judicial é composta de duas fases: a primeira se refere ao estabelecimento de uma verdade fática; a segunda diz com o estabelecimento do direito aplicável a essa verdade fática. A transgressão dos corolários do garantismo em qualquer uma dessas fases implica na possibilidade de estabelecimento de um instrumento de persecução penal que não garanta ao indivíduo proteção de arbitrariedades do Estado.

⁵⁰ Concebido como “a proibição da instituição de órgão jurisdicionais *ad hoc*, para julgamentos de fatos ocorridos antes de sua criação, e a fixação legal e prévia da competência dos órgãos já existentes” (GOMES FILHO, 2013, p. 33).

entre acusação e defesa, a amplitude de defesa⁵¹, o duplo grau de jurisdição⁵², a publicidade dos atos e a motivação das decisões também compõem a garantia do processo penal justo.

Decerto, a aplicação desses princípios em um processo garantista não inibe a concessão do poder de verificação fática aos magistrados. Principalmente em um sistema processual como o nosso, em que foi dada proeminência para que o magistrado tenha a livre convicção da prova⁵³. Desse modo, é indene de dúvidas que o estabelecimento de uma verdade processual depende sempre de uma escolha da verdade mais plausível e coerente com os elementos de prova carreados ao processo.

Outrossim, o postulado da livre apreciação da prova não encerra a necessidade de obtenção da prova convincente, conferindo ao magistrado o poder discricionário de escolher qual a verdade mais plausível que pode ser extraída do lastro probatório, mas abre “o problema da identificação das condições probatórias que justificam a convicção” (FERRAJOLI, 2014, p. 135).

Nesse tocante, a exposição da fundamentação do porquê da escolha de determinada versão factual torna-se indispensável para a consecução de um processo penal garantista. A motivação da decisão da escolha por uma versão dos fatos representa, nessa toada, uma garantia para o exercício da defesa do acusado.

No entanto, a escolha da verdade mais plausível em um processo não ocorre ao final dele. No mais das vezes, a apreciação da prova ocorre no instante em que ela está sendo produzida, afastando o magistrado da imparcialidade na condução do processo⁵⁴. Essa decisão deriva, de certo modo, de um impulso inicial do juiz, formado a partir da pré-compreensão de qual é a verdade mais plausível e compatível com os demais elementos de prova.

Na escolha de uma versão dos fatos, desde a direção da produção de prova até a valoração desta prova na seleção do que é relevante e, em especial, o que no evento é juridicamente relevante, o juiz decide de acordo com sua impressão, sua subjetividade, formada por suas circunstâncias de vida conformadoras de sua maneira de apreender e de avaliar os fatos (REALE JÚNIOR, 2011, p. 307)

⁵¹ A amplitude de defesa é exercida de duas formas, pela autodefesa e pela defesa técnica. Para Maria Thereza de Assis Moura, enquanto “a defesa técnica é desenvolvida por técnico habilitado, com capacidade postulatória” apresentando-se “como pressuposto indeclinável do processo penal, assegurando-se, assim, sua validade e eficácia” (MOURA, 2012, p. 265), a autodefesa “exercida pelo próprio acusado, mediante atos constitutivos de ação ou omissão, no sentido de fazer prosperar ou impedir que prospere a atuação do intento punitivo no processo penal [...]”

⁵² Para Gomes Filho, o duplo grau de jurisdição é um instrumento “que propicia um grau mais elevado de correção dos pronunciamentos jurisdicionais, seja, especialmente no processo penal, como meio de proteção do indivíduo submetido à persecução; [...]” (GOMES FILHO, 2013, p. 41)

⁵³ Vale a pena consignar que, em contraposição a esse sistema de prova, existe o da prova legal, pelo qual a lei estabelece uma hierarquia de determinadas provas em detrimento de outras. Nada obstante, esse trabalho não tem o condão de apreciar qual o melhor tipo de sistema de apuração de prova, mas abordar como o modelo inerente ao sistema garantista possibilita a infusão da subjetividade do magistrado na estipulação da verdade processual.

⁵⁴ REALE JÚNIOR, 2011, p. 306.

Ademais, conforme será demonstrado amiúde no próximo tópico, em determinados momentos, a verdade processual é erigida não a partir de uma vontade deliberada do magistrado de escolher determinada versão factual em detrimento de outra, mas de uma postura que reduz a possibilidade de questionamento e refutação da verdade processual.

Destarte, conquanto inevitável o ingresso da subjetividade do magistrado na seleção dos fatos sobre os quais a lei penal será aplicada, a busca pela sua imparcialidade representa, como destacado acima, uma das condições para o estabelecimento de um processo penal que vise a garantir os direitos individuais.

Desse modo, desvendar os meios pelos quais a subjetividade do juiz se revela no sistema processual penal é de suma importância para o desenvolvimento de mecanismos que a inibam, reduzindo, assim, o poder de verificação fática do magistrado.

2.1 – A pesquisa de Bernd Schünemann, a parcialidade do juiz e a teoria da dissonância cognitiva

Com intuito de identificar como a parcialidade do magistrado ingressava na cognição dos fatos e na formulação de premissas jurídicas a serem aplicadas ao caso concreto, Bernd Schünemann realizou uma pesquisa embasada em experimentos empíricos que simulavam situações da prática forense real. Obviamente, seria muito mais útil para esta obra a realização de cotejo com um trabalho estatístico adequado às realidades culturais e processuais do Brasil. No entanto, como inexistente trabalho dessa espécie em âmbito nacional, o trabalho desenvolvido por Bernd Schünemann mostra-se suficiente para apontar como a postura judicial permite o afastamento da verdade processual da verdade objetiva dos fatos.

Nesse viés, pode-se questionar que, em função de diferenças nos sistemas processuais brasileiro e alemão, a utilização do trabalho de Bernd Schünemann não é válida aos propósitos desse trabalho. No entanto, conforme será rapidamente apresentado a seguir, a pesquisa de Schünemann faz referência a um *iter* bem delimitado do processo penal alemão que é bastante similar ao do Brasil.

Na Alemanha, país em que os ideais do princípio acusatório irradiaram sobre o processo penal já no século XIX, após o desfecho do inquérito policial ou de procedimento investigativo similar, o Ministério Público formula a sua hipótese acusatória e, ato contínuo, o caderno investigativo é submetido à apreciação judicial.

Com a formulação da acusação pelo Ministério Público, transmite-se o domínio da ação penal ao juiz. Com isso, o magistrado recebe, em suas mãos, a totalidade do inquérito e, com base nele, decidirá se há suspeita suficiente contra o acusado, ou seja, se há verossimilhança no

pedido acusatório. Caso haja verossimilhança no pleito do Ministério Público, o magistrado deverá receber a denúncia (§203 do Código de Processo Penal alemão) e realizar, em seguida, audiência de instrução e julgamento. (SCHÜNEMANN, 2012, p. 32)

Nesta audiência, o juiz passa a colher oralmente, a partir dos autos do inquérito, provas que “assegurem a formação de sua convicção (§244, II, do Código de Processo Penal alemão) para, então, proferir sua sentença” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 32)

Defronte ao procedimento rapidamente delineado acima, verifica-se uma notória diferença com o sistema brasileiro. Como é cediço, no Direito brasileiro, apenas a exordial acusatória formulada pelo Ministério Público está obrigatoriamente submetida à análise do magistrado, sendo certo que a análise do caderno investigativo é despicienda, embora seja possível. Em um primeiro momento, pode-se pensar que isso torna a diferença entre os procedimentos grande, o que não é verdade.

Como se tem verificado da prática forense, as principais provas colhidas ao longo do inquérito policial são utilizadas para fundamentar a denúncia apresentada pelo *Parquet* brasileiro. Ademais, como é de conhecimento, o caderno investigativo anterior à deflagração da ação penal é conduzido de perto pelo Ministério Público, de modo que o oferecimento da ação penal apenas ocorrerá se esse caderno contiver os elementos de convencimento necessário para que seja formada a *opinio delicti* do *Parquet*. Desse modo, na maioria dos casos, o inquérito policial concluído reflete o posicionamento do Ministério Público acerca dos fatos por ele elucidados.

Destarte, para ter ciência do conteúdo do inquérito policial não é necessário que o juiz brasileiro analise os autos do caderno investigativo, como lhe é lícito, mas não obrigatório. Basta que ele aprecie, com o devido cuidado, a denúncia formulada pelo Ministério Público.

Nada obstante a diferença existente entre esta etapa do processo alemão e do brasileiro, ainda assim é possível extrair da pesquisa de Bernd Schünemann elementos bastante interessantes e pertinentes que podem ser utilizados para a compreensão do papel do magistrado no nosso sistema processual penal.

O trabalho de Bernd Schünemann buscou elucidar até que momento, em um sistema acusatório, a postura do juiz, que deveria ser como a de um terceiro imparcial, influencia no resultado do processo, isto é, na possibilidade de condenação e de absolvição do acusado.

Para executar o referido trabalho, Bernd Schünemann realizou dois experimentos: uma simulação de uma audiência de instrução e julgamento em um computador

e um experimento referente à simulação de oferecimento e de recebimento de denúncia. Em relação ao primeiro experimento, formulou-se um caso que “era uma verdadeira bola dividida, o que permitia, sem erro técnico, que se proferisse tanto uma sentença condenatória quanto uma absolutória” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 36), para que magistrados os apreciassem em uma audiência de instrução e julgamento. Para manter a idoneidade do experimento, foi certificado que “todas as pessoas submetidas à pesquisa tiveram acesso de modo idêntico a todo o conteúdo das informações” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 36), sendo certo que o modelo de pesquisa foi elaborado de forma a existir apenas duas únicas variáveis, quais sejam, (i) o conhecimento prévio dos autos do inquérito e (ii) a possibilidade de o magistrado realizar a inquirição de testemunhas diretamente⁵⁵. Ao cabo da simulação da audiência de instrução e julgamento, o magistrado deveria proferir, de forma fundamentada, uma sentença absolvendo ou condenando o acusado. Ato contínuo, foram realizadas diversas perguntas aos magistrados para verificar o nível de retenção das informações levantadas na audiência.

Em relação à primeira variável, referente ao acesso prévio ao caderno investigativo, os surpreendentes resultados dessa pesquisa apontam que (i) todos os magistrados que tiveram conhecimento prévio dos autos do inquérito proferiram sentenças condenatórias, enquanto aqueles que não foram equipados com esse caderno investigativo sentenciaram com maior nível de ambivalência⁵⁶ e (ii) que os juízes que tiveram acesso prévio ao inquérito policial “quase não notaram e não retiveram o conteúdo defensivo produzido na audiência de instrução e julgamento” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 39).

No que concerne à segunda variável, notadamente a possibilidade de o magistrado realizar a inquirição de testemunhas pessoalmente, verificou-se que (i) a impossibilidade de formular seus próprios questionamentos às testemunhas reduziu a retenção de informações das provas orais e que (ii) a quantidade de perguntas formuladas não implica melhora no processamento das informações, aproximando-se mais de uma “autoconfirmação da hipótese de partida do que de um aprimoramento na assimilação das informações” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 40).

Ademais, em relação ao segundo experimento, o modelo de pesquisa se pautou na apresentação de autos idênticos de processos a um grupo de juízes e a outro de membros do Ministério Público, aos quais cabiam, respectivamente, a apreciação da denúncia já oferecida e, por sua vez, o oferecimento de denúncia.

⁵⁵ Ao invés de ser eminentemente oral, a audiência era escrita. As perguntas eram formuladas pelo magistrado por meio do computador. Por sua vez, as respostas eram formuladas por uma outra pessoa que tinha acesso à íntegra dos fatos. Evidentemente, a forma como as respostas eram apresentadas influencia a apreciação das provas colhidas na audiência. No entanto, essa pequena variável não torna inútil a pesquisa apresentada por Bernd Schünemann.

⁵⁶ Aproximadamente, 55% dos magistrados proferiram sentenças condenatórias.

O resultado desse experimento, que é mais simples que o primeiro, são bastante interessantes. Defronte a um mesmo conjunto probatório, os magistrados receberam mais denúncias do que o *Parquet* ofereceu exordiais acusatórias. Isto é, a despeito de estarem diante do mesmo lastro probatório, mais juízes compreenderam que havia necessidade de se instaurar uma ação penal do membros do Ministério Público. Com isso, verifica-se que, o “magistrado, ao se encontrar numa situação turva, orienta-se pela avaliação precedente e oriunda de uma pessoa por ele aceita como adequada a uma comparação comportamental” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 42). Isto é, o juiz, de uma forma geral, tende a confiar no trabalho exercido pelo Ministério Público e, por isso, não questiona adequadamente as suas premissas, sendo certo que, em uma situação turva, se o *Parquet* tomar uma atitude equivocada, esse erro não será corrigido pelo magistrado.

De forma sintética, diante desses dois experimentos, Bernd Schünemann constatou que, no sistema processual penal alemão, que, especificamente nesse ponto, é similar ao brasileiro,

o magistrado não só menospreza informações dissonantes, como também, e com frequência, não as aceita nem uma só vez como verdadeiras, (...). O processamento das informações pelo juiz ocorre de forma especialmente negativa quando ele não possui qualquer possibilidade de formular suas próprias perguntas e, portanto, precisa aumentar seu nível de atenção. Por último, cumpre observar a tendência de o juiz tomar como norte de seu convencimento a prévia avaliação da causa feita pelo membro do Ministério Público (SCHÜNEMANN, 2012, p. 44).

Diante desses resultados, constata-se que mesmo em um sistema garantista, em que é assegurado ao processo penal a presunção de inocência do acusado, o contraditório, a ampla defesa e o juiz natural, não é possível verificar imparcialidade na atuação do juiz, principalmente no que tange à forma de verificação fática do caso trazido à lume.

Ao cabo da pesquisa enveredada por Bernd Schünemann, emergem dois institutos que necessitam ser melhor analisados pelo Direito, especialmente o brasileiro, quais sejam, o efeito da perseverança da verdade e o princípio da busca seletiva de informações. Para Schünemann, o efeito da perseverança trazido à baila na atuação judicial consistiria no fato de que “as informações, previamente tomadas como corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 34). Por sua vez, o princípio da busca seletiva de informações “favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez” (SCHÜNEMANN, 2012, p. 34).

Os resultados da pesquisa de Schünemann caminham no mesmo sentido de algumas teorias da psicologia social elaboradas acerca do processo de tomada de decisão. Sob esse prisma, é extremamente pertinente trazer a análise da teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger.

De forma sucinta, a teoria da dissonância cognitiva de Festinger conduz à ideia de que, quando está diante de uma situação de decisão em que mais de uma alternativa pode ser escolhida como correta, o indivíduo tende a reavaliar os dados já colhidos e a buscar novas informações⁵⁷ até que passe a acreditar que determinada alternativa se mostra mais plausível em detrimento das demais⁵⁸. Em outras palavras, quando uma decisão acerca da alternativa mais plausível ainda não foi tomada, o sujeito, até alcançar a confiança necessária para optar por uma alternativa, busca amparo na análise minuciosa dos objetos de informação pertinentes para realizar uma escolha.

De forma diferente, diante de uma situação em que uma alternativa foi tomada como mais plausível entre outras opções admissíveis, existe maior propensão do indivíduo em confirmar essa pré-escolha. Para a teoria de Festinger, nesse cenário, o indivíduo que analisa a decisão já tomada tende a apreciar os elementos de informações referentes ao processo de escolha de uma forma menos objetiva e com mais parcialidade⁵⁹. Quando uma decisão por determinada alternativa já foi tomada, o sujeito que optou por ela está mais propenso a desconsiderar as possíveis informações que sejam dela destoantes⁶⁰. “Existe uma dificuldade na mudança da crença (não-lógica) se existe um número suficiente de pessoas com idêntica dissonância, pelo que o apoio social pode ser facilmente obtido” (FESTINGER, 1957, p. 214). Assim, perante um quadro em que uma decisão acerca das alternativas viáveis já foi tomada, o indivíduo que a apura tende a superestimar os elementos que suportam a escolha anteriormente adotada e subestimar aqueles que a põe em xeque.

Especificamente no tocante ao processo penal, a adoção de uma versão fática é iniciada antes do início da participação do magistrado em um processo. Como já destacado anteriormente, o órgão investigativo e o Ministério Público, através de um método indutivo, estabelecem a verdade fática que culminará na instauração da ação penal, a qual será submetida à análise do magistrado.

Desse modo, quando o caso criminal é remetido à apreciação judicial, o *Parquet* já optou pela escolha de uma verdade fática. Uma escolha preferencial acerca do

⁵⁷ Informações e dados referentes ao processo de tomada da decisão.

⁵⁸ FESTINGER, 1964, p. 152.

⁵⁹ FESTINGER, 1964, p. 154.

⁶⁰ FESTINGER, 1964, p. 154.

conjunto probatório já foi tomada. Nesse sentido, a pesquisa de Schünemann, acompanhando a teoria da dissonância cognitiva de Festinger, aduz que o magistrado, quando se depara com a decisão sobre determinada versão factual em detrimento das demais, tende, ao longo da instrução processual realizada por meio do contraditório e da ampla defesa, a desvalorizar os elementos de prova que destoem da opção fática anteriormente determinada pela acusação.

Não se trata, a rigor, da escolha deliberada do magistrado de optar por uma versão fática em detrimento de outra, mas da aplicação de uma norma implícita e inerente ao código de conduta dos magistrados que os afastam da apreciação imparcial da causa que é submetida a julgamento.

Com efeito, ainda que assegurados ao processo penal os diversos corolários acima mencionados, a parcialidade e a subjetividade do juiz na delimitação da verdade processual é inevitável. Isso não somente pela necessidade de, em determinadas ocasiões, o juiz ter que, fundamentadamente, escolher determinada versão dos fatos em detrimento de outras – poder de verificação factual –, como principalmente pela tendência do magistrado a subjugar os elementos de prova das decisões já tomadas no processo.

É dizer, a adoção da verdade processual não está apenas submetida à decisão do magistrado que, por via indutiva, opta por determinada versão dos fatos, como também à parcialidade intrínseca ao formato como o processo penal lhe é apresentado. Isso se agrava ainda mais quando se verifica, a partir da pesquisa de Schünemann, que o magistrado também tende a confiar no trabalho exercido pelo membro do Ministério Público ao longo do processo.

Destarte, a opção por determinada verdade processual em detrimento de outra está submetida a duas variáveis intrínsecas ao sistema garantista que nada tem a ver com postulados que reduzem a penetração da subjetividade no processo de tomada de decisão, quais sejam, o poder de verificação fática do magistrado, que, inevitavelmente, em determinada ocasião do processo, terá de optar, de forma indutiva e por meio de uma fundamentação retrospectiva, uma versão fática em detrimento de outra, e a tendência do magistrado a subjugar os materiais probatórios angariados ao longo do processo que destoem da verdade processual submetida a sua apreciação.

3 – Uma questão de direito

Em um sistema de garantias penais pautado na jurisdicionalidade estrita, a aplicação do Direito Penal pelo magistrado não se exaure no ato de delimitação da verdade fática. O raciocínio judicial calcado nos corolários de um Estado de Direito exige a formulação de uma justificação interna da decisão, a qual deve erigida pela subsunção do caso concreto à hipótese abstrata da norma.

Como estrutura lógica, o raciocínio judicial “compõe-se de uma premissa consistente na hipótese de direito, a *quaestio juris*, e a premissa menor relativa ao fato, a *quaestio facti*, realizando-se então a tarefa de subsunção da premissa menor na hipótese legal da premissa maior, retirando-se a consequência prevista em lei” (REALE JÚNIOR, 2011, p. 306). Evidentemente, em um sistema penal calcado na vinculação do magistrado ao conteúdo da lei, a importância da interpretação da norma, da delimitação da premissa maior, da *quaestio juris*, adquire contornos imensuráveis.

Somente no nível da interpretação da norma – e com isso no nível do desdobramento da premissa maior – pode-se decidir definitivamente sobre a relevância última dessas possibilidades de interpretação. (...) A premissa menor, por sua vez, consiste apenas de descrições do acontecimento real da vida, as quais ocorrem através do emprego de unidades nucleares de significação na linguagem corrente, mas que variam casuisticamente e, embora conjuntamente verdadeiras, são relevantes somente em sua relação com a premissa maior. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 293)

Nesse ínterim, vale a pena ressaltar que a formulação do raciocínio judicial em matéria penal não se limita apenas à aplicação do dispositivo normativo que contém a descrição típica de um delito, eis que ele também é inerente à concretização da lei processual penal⁶¹. Defronte a uma situação processual, o magistrado, verificando a necessidade de aplicação de determinado regra ou princípio, aplica a disposição normativa concernente àquela hipótese.

Como exposto anteriormente, antes da consagração do Estado de Direito e de sua consequente vinculação do aplicador da lei penal ao conteúdo normativo, o poder político era caracterizado principalmente pela não submissão do soberano à ordem jurídica estipulada aos súditos⁶².

⁶¹ Ao se deparar com determinada hipótese processual, o magistrado, verificando que a conjectura se adequa a uma previsão legal, deve atribuir a ela a consequência prevista no ordenamento jurídico. A título exemplificativo, o magistrado, ao se deparar com a hipótese de realização do interrogatório do acusado, deve atribuir a essa etapa processual os dispositivos legais a ela pertinentes, notadamente os artigos 185 e seguintes do Código Penal. A princípio, a ressalva não parece ter grandes pertinências, mas, ao longo deste trabalho, demonstrar-se-á que mesmo defronte a simples conjecturas processuais, existem dúvidas acerca da escorreita interpretação legal dos dispositivos normativos aplicáveis – é o caso, por exemplo, do artigo 212 do Código de Processo Penal.

⁶² SUNDFELD, 2010, p. 34-35.

Contraopondo-se a esse paradigma, o sistema garantista, calcado nos corolários do Estado de Direito, buscou utilizar o princípio da legalidade⁶³ como meio para garantir a igualdade social. No âmbito do criminal, procedeu-se ao estabelecimento de critérios objetivos e uniformes para a aplicação da lei penal, concretizando o ideal retributivo das normas sancionadoras.

Nesse sentido, é de se notar que a uniformidade no tratamento dos indivíduos pela lei penal, consubstanciado no corolário da retributividade do Direito Penal, “serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando seja considerado *de per se* mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito etc” (FERRAJOLI, 2014, p. 339). Assim, a definição de um conteúdo legal pré-definido para posterior aplicação constitui uma importante conquista do Direito Penal, pois permite que o emprego desse ramo jurídico se funde em critérios imparciais.

No entanto, ao mesmo tempo em que se verifica a importância histórica da vinculação do magistrado à lei, percebe-se que a imprecisão técnica dos vocábulos que a constituem podem ensejar a ampliação indesejada do leque de possibilidades interpretativas da norma. “As chances de vincular o juiz à lei (e de controlar se ele se deixa vincular) dependem da lei mesma. Normas genéricas e imperfeitas podem esperar bem menos uma vinculação do juiz do que aquelas que dizem de modo pleno e preciso o que elas querem” (HASSEMER, 2005, p. 242).

De outra sorte, porquanto a tarefa primordial do Direito Penal é regular as condutas humanas, a linguagem da lei, caso fosse possível, não poderia ser estritamente técnica. Ora, se a tarefa da premissa maior é justamente dirigir o comportamento dos indivíduos da sociedade, ela deve ser inteligível por todos aqueles que são afetados por ele. De todo modo, a disposição estritamente formal dos vocábulos do texto legal não é possível de ser realizada, pois, ao narrar experiências humanas, a norma tende a se aproximar da linguagem coloquial.

A proximidade da linguagem da lei à linguagem cotidiana se deve não só à tarefa do sistema do Direito Penal, que nós já mencionamos: intermediar lingüisticamente os afetados por ele. A proximidade da linguagem da lei com a linguagem que nós falamos é, antes, a consequência imposta pela tarefa do sistema jurídico de elaborar experiências. Uma linguagem formal não expressa a experiência, a

⁶³ Deve-se ressaltar que o princípio da legalidade possui duas acepções. A primeira, denominada de mera legalidade, consigna que o objeto da ciência penal restringe-se àquilo que está definido pela lei, a segunda, tida como legalidade estrita, “condiciona a validade das normas penais à denotação taxativa das figuras do delito que elas definem” (FERRAJOLI, 2014, p. 347), isto é, “representa uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas” (FERRAJOLI, 2014, p. 348).

realidade, ela é sintaxe, e não semântica ou pragmática.
(HASSEMER, 2005, p. 245)

Nessa direção, para melhor se compreender a problemática da delimitação do quadro jurídico aplicável ao caso concreto, faz-se imprescindível destrinchar a classificação dos vocábulos inerentes à lei penal elucidada por Hassemer. Para o jurista alemão, podem-se compreender os conceitos utilizados pelo Direito Penal em quatro categorias: os conceitos vagos, os conceitos porosos, os conceitos de disposição e os conceitos que necessitam de complementação valorativa.

Os conceitos vagos seriam aqueles sobre os quais é possível se realizar um juízo positivo, negativo e neutro sobre a sua representação. Em outras palavras, é aquele conceito sobre o qual todos têm uma noção de seu significado, mas não conseguem precisar, em todas as ocasiões, o seu conteúdo⁶⁴. Exemplificativamente, um conceito vago constante em nosso Direito seria o termo “documento”, utilizado na redação do artigo 299 do Código Penal. Decerto, todos têm ciência de que uma carteira de motorista se enquadra dentro da abrangência semântica desse conceito – juízo positivo – e que a página de um livro não – juízo negativo. No entanto, existem alguns objetos que não se enquadrarão com tamanha facilidade dentro ou fora do âmbito da representação do vocábulo “documento”, como a guia de restaurante em que se contabiliza os produtos consumidos por clientes – juízo neutro⁶⁵.

Aproximando-se da categoria de conceito vago, o conceito poroso consiste na prospecção temporal da representação do vocábulo. Por evidente, as mudanças sociais acarretam alterações na compreensão dos signos linguísticos. Quando a modificação dos significados ocorrerem, caso seja possível formular juízos neutros acerca do conceito, ter-se-á um conceito poroso⁶⁶. Nesse cenário, verifica-se que o “vago e o poroso distinguem-se tão só nos limites do futuro desconhecido: o que o tipo equívoco vago apresenta em experiências com elementos do passado e do presente, é o que ao tipo equívoco poroso mais conta para o futuro” (HASSEMER, 2005, p. 250).

Diz-se: se um conceito está aberto para o futuro; se as mudanças sociais lhe produzem candidatos neutros, então o conceito é poroso. (...) pode-se observar que a porosidade é o vago em potencial, no tipo equívoco em razão da porosidade se expressa que jamais se pode confiar em um conceito que atualmente é inequívoco (HASSEMER, 2005, p. 250).

⁶⁴ HASSEMER, 2005, p. 249.

⁶⁵ HASSEMER, 2005, p. 249.

⁶⁶ Um exemplo de vocábulo que integra o conceito poroso é o termo “correspondência”, constante no artigo 5º, XII, da Constituição Federal. Após o avanço tecnológico experimentado nas últimas décadas, que comportaram a consolidação da rede mundial de computadores, é inequívoco que o termo “correspondência” passou a albergar as comunicações telemáticas, e não as tradicionais cartas postais.

Por sua vez, os conceitos de disposição são aqueles que o aplicador da lei penal não consegue verificar cientificamente a sua existência, mas apenas observar a plausibilidade de sua existência por meio de método dedutivo. Esses conceitos “caracterizam (não os objetos concretos do mundo exterior, como relógios, árvores, senão) as tendências, as aspirações humanas, o ‘lado interno do ato’ (...)” (HASSEMER, 2005, p. 251). Conceitos como intenção, dolo, voluntariedade e boa-fé enquadram-se na categoria de conceitos de disposição, uma vez que somente são demonstráveis por meio de indicadores⁶⁷. Para Hassemer, esses indicadores da disposição devem cumprir três pressupostos:

De sua parte eles devem ser observáveis; se não o forem, não poderão contornar as dificuldades dos conceitos de disposição. Eles devem estar completos; se no círculo dos indicadores faltar um elemento importante (como, por exemplo, a proximidade emocional ao acontecimento) então os fatores restantes inevitavelmente indicarão de modo falso e distorcido a disposição. Eles devem ser relevantes para a disposição; se eles não são (se eles abrangem indicadores que não tem nada a ver com a veracidade, como, por exemplo, a cor dos cabelos), então eles indicarão tudo o que for possível, mas não o que se quer saber deles (HASSEMER, 2005, p. 253).

Por derradeiro, os conceitos que necessitam de complementação valorativa são aqueles que, para serem determinados, necessitam ser integrados por valores inerentes ao aplicador da lei penal. São conceitos cujo significado necessita impreterivelmente ser preenchido com conteúdo valorativo formado pela convicção moral do magistrado. “O ato valorativo somente pode ser responsabilizado e produzido pela pessoa que valora. Tal modelo descreve a *linguagem da moral*, não a linguagem do Direito” (HASSEMER, 2005, p. 264). No Direito brasileiro, um exemplo de conceito que necessita de complementação valorativa é o termo “ordem pública”, que consta no artigo 312 do Código de Processo Penal. Diante de conceitos dessa categoria,

as palavras que o juiz tem que interpretar e a cujo significado ele está ‘vinculado’, tem um amplo significado, elas tem, como se diz, uma ‘margem de liberdade semântica’ e com isto abrem ao juiz, obrigatoriamente, margens de espaço de decisão, dentro do qual ele deve se movimentar sem a instrução da lei (HASSEMER, 2005, p. 265).

Defronte a essa classificação acerca dos conceitos utilizados em normas penais, não é difícil perceber que o grau de vinculação do magistrado à lei encontra barreiras duras de serem vencidas diante daqueles vocábulos que necessitam de complementação valorativa. No Direito Brasileiro, existem diversos desses vocábulos que, de certo modo, dificultam que o juízo a ser realizado pelo magistrado tenha previsibilidade.

⁶⁷ HASSEMER, 2005, p. 252.

Com efeito, deve-se destacar o conceito “ordem pública” constante no *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal⁶⁸. A bem da verdade, a dimensão da periculosidade na utilização desse termo funda-se precipuamente por ser um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva pelo magistrado⁶⁹. Para Eugênio Pacelli de Oliveira essa expressão “pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em que se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente desordem” (OLIVEIRA, 2012, p. 549).

Com nítido intuito de conferir estabilidade e previsibilidade para as decisões tomadas com base nesse fundamento, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tentam, a todo modo, elucidar critérios objetivos para a verificação do conceito de “ordem pública” em um caso concreto. Para Guilherme de Souza Nucci, se o delito “for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente” (NUCCI, 2013, p. 2013). Na mesma direção, Eugênio Pacelli de Oliveira destaca que

a jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão (OLIVEIRA, 2012, p. 549).

De outra sorte, uma parcela mais crítica da doutrina tem se atentado para a dificuldade de, mesmo com base nesses critérios, a decisão judicial não se calcar em arbitrariedades. Nessa direção, Lenio Streck destaca que a grande questão da possibilidade de segregação cautelar com base no conceito de ordem pública “é saber se essas decisões baseiam-se em um argumento de princípio ou são casuísticas” (STRECK, 2012, p. 70), pois os critérios criados pela doutrina e jurisprudência para delimitar o conceito de “ordem pública”, tais como “gravidade do crime, periculosidade do agente etc. podem ser considerados meros *topos* performáticos, meramente persuasivos, que escamoteiam o manejo correto da prisão cautelar, quando apresentados fora do contexto motivacional que lhes deram origem” (STRECK, 2012, p. 70). Assim, em decorrência da impossibilidade de separação de

⁶⁸ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da **ordem pública**, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (grifamos) Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

⁶⁹ Aury Lopes Jr. destaca que “grave problema encerra ainda a prisão para a garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão ‘bem’ sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.” (LOPES JR., 2012, p. 840)

incorporação valorativa do magistrado no conceito de ordem pública Lenio Streck critica a utilização dessa expressão como fundamento para a segregação cautelar.

Ademais, com relação aos demais conceitos da classificação de Hassemer arquitetada acima, chamam a atenção aqueles vocábulos de disposição, cuja delimitação semântica ocorre por um método indutivo a partir de elementos que indicam o seu conteúdo. Evidentemente, a verificação da existência desses termos em um caso concreto irá depender dos elementos probatórios carreados aos autos do caso concreto.

É de se notar que a verificação dos conceitos de disposição subordinam-se sobremaneira aos elementos de prova trazidos à lume em um caso e, conseqüentemente, à própria subjetividade do magistrado que irá apreciá-lo. Decerto, para a percepção dos conceitos de disposição em determinada hipótese, o magistrado deve compreender que, diante do acervo probatório carreado, existem indicadores suficientes da existência desse conceito. Desse modo, a verificação dos conceitos de disposição em um caso concreto depende sobremaneira da delimitação da verdade factual pelo magistrado. Trata-se de hipótese em que a questão de direito imiscui-se quase completamente à questão de fato.

Diante de tudo o que foi exposto, percebe-se que pela ampla variação semântica dos termos que, inevitavelmente, constituem as normas penais – sejam eles abertos ou não –, o magistrado que irá apreciar o caso concreto, a despeito de estar vinculado ao texto legal em virtude dos corolários do garantismo penal calcado no Estado de Direito, possui certa margem discricionária para a delimitação do direito a ser aplicado, seja em seu aspecto processual ou material.

3.1 – O neoconstitucionalismo, o garantismo penal integral e o abuso de princípios

Consubstanciado na constitucionalização das normas jurídicas, o advento do fenômeno do Constitucionalismo Contemporâneo elevou determinados direitos a um patamar acima dos demais. Reconheceu-se a Constituição como estandarte dos princípios e direitos mais valiosos à sociedade e como lei superior do ordenamento jurídico, resguardados da instabilidade política e social que aflige o poder legislativo.

No Brasil, ao mesmo tempo em que consagrou o Constitucionalismo Contemporâneo, a Constituição Federal de 1988 erigiu inúmeras garantias para a consecução da esfera individual em detrimento da atuação estatal, fatores que certamente ampliaram o papel do Poder Judiciário como adjudicadores de direitos.

Para Ferrajoli, o Constitucionalismo Contemporâneo pode ser dividido em duas facetas, uma de índole jusnaturalista e outra juspositivista, sendo que apenas esta poderia comportar o modelo jurídico garantista.

O constitucionalismo jusnaturalista é aquele modelo primordialmente caracterizado “pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção” (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 21) e pela confiança na atividade jurisdicional. Contrapondo-se a esse modelo constitucional, o juspositivismo de Ferrajoli rejeita a contraposição feita entre regra e princípio e a ampliação do uso da ponderação na prática jurisdicional.

Em que pese o modelo do constitucionalismo juspositivista ter como preocupação central a discricionariedade judicial, Ferrajoli admite que os magistrados possuem determinados poderes a serem utilizados ao longo de sua atividade, atribuindo ao garantismo penal o caráter utópico. Apesar desses espaços de poder judicial, Ferrajoli defende ser possível que a epistemologia penal garantista elucide as condições que permitam restringir esses espaços a ponto de induzir que a moral dos magistrados ingresse no resultado do julgamento do caso concreto.

Por outro lado, proclamando que, independentemente das restrições a esses poderes realizadas pela epistemologia do garantismo penal de Ferrajoli, a teoria do garantismo penal é utilizada de forma retórica pelos juristas brasileiros, exsurge uma nova concepção da teoria de Ferrajoli, denominada de garantismo penal integral. Dentre os autores que mais se destacaram ao elucidar o que seria a teoria do garantismo penal integral, estão Douglas Fischer, Procurador da República no Distrito Federal, Selma Pereira de Santana, professora da Universidade Federal da Bahia, e Vlamir Costa Magalhães, Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

Nessa direção, Douglas Fischer assevera, e com razão, que

são correntes situações típicas de decisionismos (criticadas veemente por Ferrajoli, mas em polo inverso de aplicação – antes contra os réus) embasadas em doutrinas garantistas sem que se diga, científica e/ou dogmaticamente, qual a fundamentação coerente para a tomada de tal decisão ou posição (FISCHER, 2013, p. 31).

Ao criticar a concepção de garantismo penal incutida no imaginário jurídico brasileiro, que seria eminentemente individualista, o garantismo penal integral propõe um novo modelo de interpretação das normas de direito penal, calcado não no constitucionalismo

juspositivista de Ferrajoli, mas no jusnaturalista⁷⁰. Desse modo, haveria, dentre outras coisas, a possibilidade de sopesamento dos direitos individuais com direitos coletivos, o que não só otimizaria a proteção do indivíduo contra eventuais irracionalidades punitivas por parte do Estado, mas, com igual vigor, permitiria o resguardo eficaz dos anseios da sociedade⁷¹.

Em seu artigo “O que é garantismo penal (integral)?”, Douglas Fischer, afirma que a leitura brasileira do garantismo penal feita pela maior parte dos doutrinadores é defasada e equivocada. De seu ponto de vista, a leitura do garantismo penal pelos juristas brasileiros padece de fetichismo individualista que confere proeminência injustificada dos direitos fundamentais individuais quando ocorre colisão entre direitos individuais e direitos e deveres coletivos.

Na mesma direção caminha o entendimento de Selma Pereira de Santana ao consignar que “não há consenso acerca do alcance do garantismo, revelando, todavia, uma forte tendência por considerar que ele dirige-se, tão somente, à defesa dos direitos fundamentais individuais, desprezando os de natureza coletiva” (SANTANA, 2013, p. 558).

Para Selma de Santana,

muitas das manifestações e posicionamentos lastreiam-se em juízos e conceitos equivocados, ou deturpados, ao se reportarem ao garantismo penal, consubstanciando-se, por exemplo, em teses de defesa que representam um verdadeiro apanágio à impunidade, sobretudo, dos agentes integrantes dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, acabando por gerar uma desproteção sistêmica (SANTANA, 2013, p. 559).

Destarte, denunciam os teóricos do garantismo penal integral que, em função de proeminência injustificada dada aos direitos individuais à míngua dos direitos e deveres coletivos, é possível verificar situações típicas de decisionismo em favor de réus específicos, notadamente aqueles detentores do poder político-econômico⁷².

Aliás, em razão da desproporcionalidade com que trata os direitos individuais e da forma como tende a preservá-los no confronto com direitos e deveres coletivos, Fischer afirma que o garantismo penal brasileiro é hiperbólico monocular. Em outras palavras, o garantismo penal brasileiro potencializa desproporcionalmente (hiperbolicamente) e de forma isolada (monocularmente) os direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, não necessariamente, se coadunaria com o propósito do garantismo penal⁷³.

⁷⁰ Em suma, o garantismo penal integral se aproxima do Constitucionalismo Contemporâneo jusnaturalista descrito por Ferrajoli na medida em que admite que os princípios normativos se fazem presentes em um caso concreto em maior ou em menor grau e em que confere maior espaço para a atuação judicial, principalmente no que tange à utilização da ponderação de princípios.

⁷¹ MAGALHÃES, 2010, p. 192.

⁷² MAGALHÃES, 2010, p. 191-192.

⁷³ FISCHER, 2013, p. 53.

Para os defensores do garantismo penal integral, a esmerada aplicação da teoria do garantismo penal visa não somente à proteção dos direitos e das garantias fundamentais individuais e à exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, mas também ao cumprimento dos direitos e deveres coletivos.

Destarte, os adeptos do garantismo penal integral atribuem a uma leitura equivocada da teoria de Luigi Ferrajoli o disparate existente na aplicação de direitos individuais sobre direitos coletivos. Do prisma desses juristas, todos os direitos fundamentais (coletivos e individuais) equivalem a vínculos de substância que objetivam reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade. Isto é, os direitos fundamentais devem possuir a máxima eficácia possível e, por isso, devem ser concebidos como mandados de otimização⁷⁴. Dessa ótica, os direitos fundamentais coletivos também hão de incidir em um caso concreto juntamente aos direitos fundamentais individuais⁷⁵.

Ocorre que, porquanto dentre os direitos fundamentais coletivos está o direito coletivo à segurança (artigo 144 da Constituição Federal), o qual é verificado quando há instauração de processo criminal e a respectiva imposição de pena aos infratores, o garantismo penal integral conclui que o dever de proteção induz o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos em prol da segurança pública⁷⁶. Trata-se da aplicação da máxima da proporcionalidade, da ponderação, entre direitos fundamentais coletivos e individuais.

Deveras, a percepção dos direitos fundamentais para os teóricos do garantismo penal integral se assemelha muito a de Robert Alexy, para o qual os direitos coletivos e individuais consistiriam em princípios que devem ser aplicados com a máxima eficácia possível. Aliás, esses teóricos se apropriam do método de resolução desse conflito entre normas desenhado pelo jurista alemão, qual seja, a máxima da ponderação. Em eventual conflito entre dois direitos fundamentais, a solução, para o garantismo penal integral, deve ser apontada por meio da realização de sopesamento à luz de critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para exemplificar como exercitar a máxima da proporcionalidade, Douglas Fischer afirma que, diferentemente do que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ordem de Habeas Corpus n.º 84.078⁷⁷, é possível dar início à execução da pena privativa de liberdade

⁷⁴ SANTANA, 2013, p. 555.

⁷⁵ FISCHER, 2013, p. 40.

⁷⁶ FISCHER, 2013, p. 43.

⁷⁷ EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena

quando pendente apenas recurso de natureza extraordinária. Apesar de constar expressamente no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença, Douglas Fischer consigna, em outras palavras, que, em sede de recurso extraordinário, não há mais discussão acerca da culpa ou da inocência do agente criminoso já condenado pelas instâncias competentes⁷⁸, não atingindo o âmago do princípio da presunção de inocência.

De outra sorte, quando pendente o julgamento de recursos extraordinários, justificar-se-ia o afastamento do direito individual da presunção de inocência em lugar dos ideais de prevenção geral e especial irradiados com o início da execução da prisão e que, decerto, assegurariam o dever constitucional de segurança pública previsto no artigo 144 da Carta Magna.

Isto é, à luz da circunstância “pendência apenas de recurso de natureza extraordinária para o trânsito em julgado”, o artigo 5º, LVII⁷⁹, da Constituição Federal deve ser afastada em prol do artigo 144 do mesmo diploma.

De toda sorte, o raciocínio de Douglas Fischer se coaduna, em parte com o de Ferrajoli. Para os dois juristas, o paradigma garantista profere efeitos para além dos direitos individuais, podendo

privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

⁷⁸ FISCHER, 2013, p. 50.

⁷⁹ Por oportuno, convém ressaltar que, apesar de o dispositivo do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal ser encarado como uma regra pela tradicional divisão entre regras e princípios em razão de sua estrutura, parte dos juristas afirmam que ele é um princípio – nesse sentido, Lenio Streck. No entanto, conforme será delineado a seguir, essa discussão, neste momento, tornar-se despicinda para a conclusão de que o afastamento da norma insculpida no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal é equivocado do ponto de vista do garantismo penal calcado na vinculação do juiz à lei.

expandir-se (e sob o plano normativo de fato se expandiu) em três direções: na tutela dos direitos sociais e não somente dos direitos de liberdade; em contraste com os poderes privados e não somente com os poderes públicos; e a nível internacional e não somente estatal (FERRAJOLI, 2002, p. 85).

Conforme exposto oportunamente, a ideologia que ensejou o surgimento do garantismo penal pauta-se na estipulação de critério uniforme para a aplicação da sanção penal. Nesse contexto, surgiu a ideia de que o aplicador do Direito, hoje incorporado na figura do magistrado, deve estar vinculado ao conteúdo legal, estabelecido pela sociedade por meio de amplos debates políticos. Deveras, o conteúdo normativo nem sempre estará atrelado a normas que tendem a proteger o interesse individual, mas, principalmente após o advento do Estado Social, também o coletivo.

No entanto, Fischer e Ferrajoli divergem quanto à utilização da ponderação judicial como ferramenta para dirimir conflitos entre direitos individuais e coletivos. Grosso modo, o jurista brasileiro afirma que a utilização da ponderação judicial seria instrumento idôneo a conferir contrapeso contra a exacerbada prevalência dos direitos individuais no ordenamento brasileiro, Ferrajoli aduz que a indiscriminada utilização desse método de resolução de conflitos retiraria o caráter vinculativo da lei.

Para Ferrajoli, uma adequada teoria do garantismo penal deve vincular ao máximo o Poder Judiciário ao quanto consubstanciado em dispositivos legais, a fim de que o julgamento seja pautado, primordialmente, em critérios objetivos, e não na própria moral do julgador⁸⁰. Ao passo que a ponderação, da forma como utilizada pelo garantismo penal integral, volve-se à ampliação do espaço de discricionariedade e de consecução de justiça material, o garantismo penal de Ferrajoli, a despeito de não assegurar a justiça substancial, avaliza a justiça formal, consubstanciada em “uma técnica de definição legal e um método de comprovação judicial do desvio punível que, se não excluem, pelo menos reduzem ao mínimo os momentos potestativos e os elementos de arbítrio no direito penal” (FERRAJOLI, 2014, p. 161).

A bem da verdade, a necessidade de vinculação do julgador ao dispositivo legal visa a induzir que o julgamento seja baseado nos fatos praticados pelo sujeito passivo do processo penal, consoante o corolário da retributividade, e não sobre julgamentos acerca do papel social do indivíduo, sob pena de se configurar verdadeiro direito penal do autor e esvaziar os postulados de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, deve-se destacar que a máxima do julgamento do fato inviabiliza “que alguém seja responsabilizado pelo que é

⁸⁰ FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 65.

e não pelo que fez, a partir da caracterização de tipos criminológicos ou normativos de autor, o que permitiria toda a sorte de abusos” (REALE JÚNIOR, 2002, p. 34).

Por óbvio, acaso essa vinculação do julgador com a lei não existisse, os julgamentos em matéria penal não se refeririam à conduta desprovida de valor praticada pelo sujeito-delinquente, mas à própria pessoa. Dessa forma, pode-se chegar à conclusão que, quanto menor o grau de vinculação do magistrado ao disposto em lei, maior será o grau de efetivação do direito penal do autor e menor a concretização da máxima do julgamento do fato, consubstanciada na inviabilidade de um julgamento tomado com base no status político, social e econômico do acusado.

Ferrajoli afirma que a ponderação judicial expande de forma indesejada o poder judicial do magistrado⁸¹, porquanto favorece o Poder Judiciário a escolher “em relação a quais princípios aplicar e quais não aplicar sobre a base da valoração, inevitavelmente discricionária, a partir de sua diversa importância” (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 47).

Desse modo, enquanto calcado em uma concepção do constitucionalismo jusnaturalista, que consagra a aplicação da máxima da proporcionalidade para a solução de conflitos entre direitos individuais e direitos coletivos, o garantismo penal integral expande de forma indesejável o poder judicial do magistrado, contradizendo o fundamento que ensejou o surgimento da teoria garantista, qual seja, a necessidade de vinculação do juiz à lei.

No seu intuito de conferir maior eficácia aos postulados constitucionais, o garantismo penal integral vilipendia o Estado Democrático de Direito ao conferir expansivo poder ao magistrado para aferir os conflitos existentes entre os direitos individuais dos cidadãos e o postulado da segurança pública e, por conseguinte, solucioná-los aplicando um em detrimento do outro por meio da técnica da ponderação.

Nesse viés, porquanto a ponderação consiste em “uma atividade de escolha ‘orientada’ pela ‘exigência de justiça substancial’, que arrisca comprometer não apenas a submissão do juiz à lei, mas também, [...], os valores da certeza e da igualdade perante a lei” (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 47), o garantismo penal integral confere subsídios hermenêuticos para que o julgador legitime a sua forma decisionista de atuar, acarretando resultados tão arbitrários quanto aqueles criticados por seus fundadores.

Acaso toda garantia individual pudesse ser questionada por meio do argumento da segurança pública, é certo que a força normativa das garantias individuais da

⁸¹ FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 49.

Constituição e dos textos legais restaria vilipendiada. Acerca do tema, Ferrajoli adverte que a utilização indiscriminada da ponderação

é a posição daqueles que defendem aquilo que é chamado o fator de ‘claro e atual perigo’ ou de qualquer outra forma de ponderação’. É a posição daqueles que assumem a Constituição não como um conjunto de normas vinculantes, mas como princípios morais, cujo respeito, quando estão em conflitos entre eles, é remetido à discricionariedade argumentativa do intérprete (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 44).

Nesse desiderato, insta salientar que Ferrajoli critica a excessiva utilização da ponderação na atividade de aplicação do direito quando voltada à interpretação jurisdicional das normas constitucionais⁸², não desconsiderando o papel da ponderação judicial e da teoria da argumentação, mas sugerindo que a sua utilização se adstrinja aos espaços de discricionariedade judicial. Confira-se:

(...) não teria sentido negar ou desconsiderar o papel da ponderação (...). Tampouco teria sentido subestimar a importância de uma teoria da argumentação como aquela desenvolvida, exemplarmente, por Robert Alexy e por Manuel Atienza, voltada à fundação da racionalidade do exercício discricional do Poder Judiciário. Os espaços de discricionariedade da jurisdição, de fato, são inegáveis. (...) Estes espaços podem ser fortemente reduzidos, mas não suprimidos pelo conjunto das garantias penais e processuais: daqui, a importância de uma adequada teoria da argumentação em condição de orientar, racionalmente, a motivação das decisões tomadas (...) (FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 46-47).

Nos mesmos auspícios, Lenio Streck assevera que o Direito Brasileiro, do modo como sugere a aplicação da ponderação, não confere igualdade na aplicação do direito, pois,

em nome da proporcionalidade e do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim denominada ‘ponderação’), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e da proporcionalidade (ou da razoabilidade) (STRECK, 2011, p. 55).

Não bastasse a ampliação do espaço discricionário de atuação do magistrado, o qual, em busca da concretização de justiça substancial a partir da ponderação dos princípios constitucionais e da afirmação do dever constitucional da segurança pública, estaria disposto a mitigar a aplicação de normas claras e objetivamente desenhadas pelo legislador, como é o caso do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, o garantismo penal integral confere ao judiciário forte instrumento para obscurecer o real motivo que o levou a tomar a sua decisão.

⁸² FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 47.

Como é cediço, na vigência do antigo positivismo jurídico, os casos difíceis eram honestamente deixados a cargo do juiz⁸³, enquanto, no constitucionalismo jusnaturalista, sob o qual o garantismo penal integral foi erigido, os casos difíceis passam a ser resolvidos a partir da ponderação de princípios.

Se no positivismo o problema era assumidamente resolvido pela discricionariedade conferida ao juiz, no Constitucionalismo Contemporâneo a prática ficou velada por um método hermenêutico, qual seja, a ponderação. Da forma como excessivamente passou a ser utilizada, a ponderação tornou-se um método procedural no qual o verdadeiro raciocínio estruturante da compreensão jurídica é encoberto⁸⁴, porquanto consistente em uma atividade de escolha orientada pela exigência de justiça substancial⁸⁵.

A bem da verdade, o que se percebe é que a ponderação é uma forma de o aplicador do direito velar o verdadeiro discurso que está por de trás da decisão tomada, e não uma forma de fundamentá-la⁸⁶. Trata-se de meio apto a legitimar a construção da decisão realizada pelo magistrado de forma discricionária, obscurecendo, na seara do Direito Penal, o processo de criminalização.

Com efeito, com base na teoria do garantismo penal integral, é admissível a execução da pena quando pendente recurso de natureza extraordinária quando, em determinado caso concreto, a necessidade de garantir a segurança pública fosse verificada. No entanto, não há como definir critérios objetivos para proceder à verificação de quando a segurança pública prescinde de guarida em determinado caso, razão pela qual caberia ao julgador, valendo-se de critérios subjetivos e valorativos, aferir essa necessidade à luz das circunstâncias que lhe forem apresentadas.

Assim, a possibilidade de se proceder à execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória em prol do artigo 144 da Carta Magna, exemplifica as críticas feitas por Marcelo Neves aos juristas brasileiros que, em nome de determinados princípios, afastam regras claras, válidas e eficazes de igual hierarquia⁸⁷.

No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras. A essa compreensão subjaz a

⁸³ Kelsen, em Teoria Pura do Direito, consigna que, em casos difíceis, em que o magistrado se depara com uma situação não imaginada pelo legislador, pode o aplicador do direito eliminar a norma interpretada para substituí-la por uma melhor, mais correta, mais justa, mais desejada por quem aplica o direito (KELSEN, 2009, p. 157).

⁸⁴ STRECK, 2011, p. 233.

⁸⁵ FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 47.

⁸⁶ Nessa toada, correto o questionamento de Lenio Streck, para quem, “se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio (ou regra) aplicável, a pergunta que cabe é: qual é a diferença entre o ‘intérprete ponderador’ e o ‘intérprete do positivismo’, que discricionariamente escolhe qual a ‘melhor’ interpretação? Parece-me que o positivismo, neste ponto, era mais explícito. E mais sincero.” (STRECK, 2012, p. 236)

⁸⁷ Da mesma forma, Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira destacam ser inadmissível, em razão de seu caráter decisionista, a utilização da ponderação como apanágio no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4578 pelo Supremo Tribunal Federal, em que se discutia o conflito existente entre o artigo 5°, LVII, e o artigo 37, *caput*, ambos da Constituição Federal (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 82-83).

ideia de que as regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas. Mas um modelo desse tipo implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o processamento de decisões ‘justas’: a consistência. Um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição (NEVES, 2013, p. 191-192).

Dessa forma, ao passo que a teoria do garantismo penal integral busca reduzir o grau de discricionariedade das decisões judiciais que se pautam em uma leitura hiperbólica e monocular do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, ela não se mostra apta a conceder à teoria da interpretação jurídica uma forma de superação do alegado decisionismo. Pelo contrário, por ter como um de seus elementos constitutivos a máxima da proporcionalidade, a aplicação do direito por meio dessa teoria se torna muito mais nebulosa, o que, decerto, fragiliza a vinculação do juiz à lei e, por conseguinte, lesiona os ideais do Estado de Direito.

Ao estabelecer a premissa de que os direitos individuais e coletivos são mensuráveis pela máxima da proporcionalidade, Douglas Fischer retira a metodologia hermenêutica que isenta a sua teoria de decisionismos, tornando o processo de criminalização ainda mais permeado por aspectos políticos e sociológicos.

O Constitucionalismo Contemporâneo vivenciado no Brasil não pode se olvidar de que “os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, pois eles estão vinculados primeiramente ao momento de abertura cognitiva do direito” (NEVES, 2013, p. 190-191), razão pela qual a sua indiscriminada valoração por meio de técnicas hermenêuticas como a da ponderação nem sempre acarretam o fim último de uma teoria garantista, qual seja, a definição de critérios objetivos para a aplicação da lei penal.

Conclusão

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo que elevou a importância de determinados direitos, discriminando-os nas formas de princípios jurídicos, consagrou os corolários do garantismo penal, estipulando espaços de concretização da autonomia individual em detrimento da atuação do Estado. Deveras, as modificações engendradas pela Constituição Federal de 1988 ampliaram o espaço do Poder Judiciário na adjudicação dos direitos, sejam eles de índole liberal ou social.

Nesse sentido, restou demonstrado ao longo deste trabalho que, no que tange à consecução dos corolários do garantismo penal, o magistrado possui três poderes insuprimíveis que tornam a teoria do garantismo penal um modelo limite e utópico, quais sejam, o *(i)* o poder de comprovação probatória ou de verificação fática, *(ii)* o poder de denotação ou de verificação jurídica e *(iii)* o poder de conotação ou de compreensão equitativa⁸⁸.

Certo que possui a liberdade de apreciação e valoração das provas angariadas no processo e encontra-se em posição que não lhe confere imparcialidade diante da causa penal trazida à lume, o magistrado detém o poder judicial de verificação fática, atinente ao poder de definição da verdade factual que será submetida à subsunção à norma penal.

Por sua vez, o poder de verificação jurídica consubstancia-se na necessidade de o magistrado informar o direito aplicável ao caso concreto. Na medida em que os conceitos normativos podem ser concebidos de formas diversas e que os princípios jurídicos podem ser utilizados para conformar a compreensão do direito pertinente ao caso concreto, o poder de verificação jurídica mostra-se intrínseco a um sistema de garantias penais.

No que concerne à arbitrariedade na aplicação do Direito Penal, verifica-se que a sua verdadeira causa não é a ausência de eficácia dos direitos coletivos e, igualmente, o real desafio dos juristas não é descobrir um modo de resolução dos conflitos entre direitos individuais e coletivos. Destarte, o grande desafio do garantismo penal no Brasil está ligado à compreensão de que os insuprimíveis espaços de poder judicial e a abertura semântica de conceitos de conteúdo indeterminado torna a igualdade na aplicação da lei penal um mito⁸⁹.

A fragilidade do elo vincutivo entre a lei e o magistrado é ocasionado pelos poderes que este dispõe na apreciação do caso concreto. Sob esse prisma, devem os

⁸⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 42.

⁸⁹ Para Alessandro Baratta, esse mito se funda, dentre outros alicerces, no fato de as regras sobre aplicação das leis penais, seguidas pelas instâncias oficiais do direito, basearem-se em relações de poder entre grupos e sobre as relações sociais de produção (BARATTA, 2011, p. 105).

olhos dos juristas se voltar para os poderes do juízo e as correspondentes formas de motivação de suas decisões⁹⁰, e não na importação de métodos hermenêuticos da doutrina estrangeira como apanágios para os problemas judiciários brasileiros.

O decisionismo calcado no uso retórico do garantismo penal advém, em um Estado de Democrático de Direito na modernidade periférica, da regência do sistema jurídico pelo sistema político⁹¹, de forma que os casuísmos conferidos com base no garantismo penal decorrem da posição política que os réus ocupam na sociedade⁹², e não propriamente do conteúdo do garantismo penal.

A partir da internalização dessa problemática pelos juristas brasileiros, poder-se-á elucidar possíveis desenhos institucionais para reduzir os espaços de utilização do poder judiciário para satisfação da seletividade penal e de interesses particulares, como a valorização da motivação judicial que assegure a efetividade da cognição judicial⁹³ e a busca pela equidade social que reduza as disparidades entre os status político e econômico dos membros da sociedade⁹⁴.

⁹⁰ GOMES FILHO, 2013, p. 81-82.

⁹¹ NEVES, 2011, p. 244.

⁹² Importante destacar que, conforme adverte Marcelo Neves, no âmbito da sociedade mundial supercomplexa, ninguém é absolutamente subintegrado ou sobreintegrado (NEVES, 2012, p. 250).

⁹³ GOMES FILHO, 2013, p. 81-82.

⁹⁴ Certamente, a partir daí, garantir-se-á a natureza cognitiva e não potestativa do julgamento penal, vinculando-o, quanto ao direito, à estrita legalidade e, quanto aos fatos, à prova da hipótese acusatória (FERRAJOLI, 2014, p. 70).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. – 6. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. Legisladores e intérpretes. – 1º ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. – 2º ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. – 15 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 279.889/AL. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000986119&dt_publicacao=11/06/2001>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4578&processo=4578>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85.185. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=358733>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 86.864. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=80231>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. – 29. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. “Capítulo 13” in Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Luigi. Garantismo. Uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2014.

FESTINGER, Leon. A Theory of Cognitive Dissonance. Stanford, CA: Stanford University Press, 1957.

_____, Leon. Conflict, Decision, and Dissonance. Stanford, CA: Stanford University Press, 1964.

FISCHER, Douglas. “O que é garantismo penal integral?”. In Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil, org. Bruno Callabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella, Salvador, Editora Jus Podivm, 2013.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Editora Trarepa Ltda, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal – Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2005.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo. 2010. 364 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. – 6. Ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, v. 1, p. 185-189, dezembro de 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. – 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MOURA, Maria Thereza de Assis. Defesa Penal: Direito ou Garantia. In: Doutrinas Essenciais Processo Penal – volume 1. – p. 265 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. – 3. Ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. – 1. Ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado – 12ª. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal – 16. ed. atual. – São Paulo: Atlas, 2012.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

QUEIROZ, Paulo. O que é o Direito? Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/o-que-e-o-direito/>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

RAUTER, Cristina. Criminologia e subjetividade. – Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal – parte geral. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____, Miguel. Razão e subjetividade no Direito Penal. In: Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa – volume 1. – p. 303 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTANA, Selma Pereira. “Uma crítica ao garantismo penal no Brasil: a hipossuficiência da proteção aos bens jurídicos supra-individuais.” In: Temas de Direito Penal e Processual Penal – estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto, org. Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Foppel el Hireche. Salvador: Editora Jus Podium, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: Revista Liberdades, nº11, setembro/dezembro de 2012.

_____, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito – São Paulo: Marcial Pons, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

_____, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? – 4. ed. rev. – Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. – 5° ed. – São Paulo: Malheiros, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.