

OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO GARANTISMO PENAL BRASILEIRO

HUMAN RIGHTS IN THE CONTEXT OF BRAZILIAN CRIMINAL GUARANTEE

Tarsis Barreto Oliveira 1
Paulo Sérgio Gomes Soares 2
Alessandro Hofmann Teixeira Mendes 3

Doutor em Direito (UFBA/2011). Universidade Federal do Tocantins (UFT). Palmas, Tocantins, Brasil. Professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT. Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Estadual do Tocantins. Membro do Comitê Internacional de Penalistas Francófonos e da Associação Internacional de Direito Penal. Bolsista FAPTO. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2822267824059777>.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0931-8915>.
E-mail: tarsisbarreto@uft.edu.br

Doutor em Educação (UFSCar/2012). Universidade Federal do Tocantins (UFT). Palmas, Tocantins, Brasil. Professor Programa de Pós-graduação Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT/ESMAT) e no Mestrado Profissional em Filosofia (PROF-FILO/UFT). Bolsista FAPTO. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1365699355771676>.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0906-396X>. E-mail: psoares@uft.edu.br

Mestrando no Programa de Pós-graduação Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT/ESMAT). Juiz de Direito titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Nacional/TO. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4768820860413551>.
E-mail: alessandrohofmann1@yahoo.com.br

Resumo: O artigo aponta para a existência de contradições entre o Garantismo Penal e o que aduz o Código Penal brasileiro de 1941 com o objetivo de mostrar que este último pode afastar o juiz criminal do compromisso com a atuação legitimada constitucionalmente para evitar a prática de excessos ao longo do processo penal e o punitivismo como marca da violência das agências estatais. O texto é resultado de uma pesquisa teórica fundamentada nas teorias do Garantismo Penal e na Criminologia Crítica e propõe um debate reflexivo sobre a atuação do magistrado na condução do processo penal dentro de uma perspectiva ancorada na proteção dos Direitos Humanos e garantia dos direitos fundamentais. A consolidação dos postulados garantistas dispostos na Constituição Federal deve assegurar uma dupla asserção: a conduta justa, racional e legítima na persecução penal e, conseqüentemente, a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana atingida pela atividade persecutória do Estado.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Penal. Garantismo Penal. Criminologia Crítica. Violência Estatal.

Abstract: The article points to the existence of contradictions between the Penal Guarantee and that added by the Brazilian Penal Code of 1941 with the objective of showing that the latter can remove the criminal judge from the commitment with the constitutionally legitimate performance to avoid the practice of excesses throughout of the criminal process and punitivism as a mark of the violence of state agencies. The text is the result of theoretical research based on the theories of Penal Guarantee and Critical Criminology and proposes a reflective debate on the role of the magistrate in conducting the criminal proceedings within a perspective anchored in the protection of Human Rights and guarantee of fundamental rights. The consolidation of the guarantor postulates provided for in the Federal Constitution must ensure a double assertion: fair, rational and legitimate conduct in criminal prosecution and, consequently, the guarantee of the fundamental rights of the human person affected by the State's persecutory activity.

Keywords: Human Rights. Criminal Law. Criminal Guarantee. Critical Criminology. State Violence.

Introdução

No Brasil, o abismo das diferenças sociais entre pobres e ricos se apoia num modelo de sociedade excludente com conotações perversas, que tanto geram a criminalização da miséria quanto demonstram a inexistência de neutralidade na aplicação do Direito Penal, deixando em suspenso a garantia dos Direitos Humanos em face da violência das agências estatais. Diante disso, a teoria do garantismo penal se dirige à postura do juiz criminal na fase processual da persecução penal com vistas na defesa da Constituição Federal. A persecução penal se caracteriza pela atividade estatal de proteção penal e não com a criminalização indiscriminada da miséria.

Sabidamente, o garantismo penal se evidencia como um instrumento para assegurar as garantias processuais em face de um julgamento justo, considerando que as atividades realizadas pelo juiz criminal se apoiam numa postura de intransigente defesa dos direitos fundamentais. Isto quer dizer que o garantismo orienta-se pelos princípios constitucionais que transformam o juiz criminal em protagonista na proteção dos direitos fundamentais dos hipossuficientes para evitar a barbárie da violência das agências estatais.

De maneira geral, a atividade de persecução penal se desenrola em duas etapas: a primeira é investigativa e desenvolvida administrativamente com foco no aparato repressivo e coleta de provas e a segunda é uma etapa processual que envolve uma série de atos conexos e sucessivos com foco na conduta do juiz, que é provocado a conduzir o processo até o objetivo final, que é solucionar a questão penal.

No entanto, vale a pena observar que a Criminologia Crítica, para além do garantismo penal, articula a persecução penal em torno da criação de um *status* de criminoso, mostrando que o Direito Penal é um sistema dinâmico de funções dividido em três mecanismos de criminalização interconectados: a criminalização primária, marcada pela produção de normas, a criminalização secundária, que é a aplicação das normas – envolvendo o processo penal desde a acusação, investigação e juízo - e, a criminalização terciária, que se caracteriza pela execução da pena como medida de segurança (BARATTA, 2011, p. 161).

Todo esse mecanismo constitui o mito que está na base da ideologia penal da defesa social: o mito da igualdade. A partir desse sistema dinâmico, a vertente crítica da criminologia afirma que a criminalização secundária acentua o caráter seletivo do direito penal burguês, já que se volta para a posição social que os indivíduos ocupam na escala social, de forma que a chances de ter o estereótipo, o *status* de criminoso e de ser selecionado se concentra nos níveis mais baixos dos estratos sociais (desempregados, subocupados, sem qualificação profissional, baixos níveis de educação formal, problemas com a socialização familiar e escolar, etc.).

A criminologia liberal burguesa se aferra nas características desses indivíduos para perfazer a criminalização primária, isto é, para produzir os tipos penais, evidenciando, numa análise macrossociológica, a existência de uma criminalização da miséria criada pela dinâmica do próprio sistema capitalista, como também, conforme De Giorgi (2013), uma forma de controle do “excesso pós-fordista”. Assim, o encarceramento seria apenas uma estratégia pós-disciplinar para controlar a força de trabalho não absorvida e excluída do mercado formal ou, mais especificamente, o encarceramento como solução e forma de controle defendido no sistema capitalista de produção e consumo para a manutenção da defesa social.

É importante ressaltar que, no Brasil, os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2017) informam que até junho de 2016 um total de 726.712 pessoas estavam presas em presídios superlotados com *déficit* na casa dos 358.663 vagas; destes, 270.818 (ou 38%) homens praticaram crimes patrimoniais e 155.669 (ou 26%) homens estão presos por crimes relacionados a drogas, a maioria jovens negros com baixa escolaridade e integrantes dos estratos sociais marginalizados pelo sistema de produção e consumo. Apenas para destrinchar a informação, 55% desse público é jovem, isto é, tem até 29 anos e 64% são negros¹.

Diante desse quadro, para além do acesso restrito ao sistema de produção e consumo, torna-se necessário vislumbrar os problemas de acesso à justiça que esses indivíduos enfren-

1 “A categoria Negra é construída pela soma das categorias Preta e Parda” (INFOPEN, 2017, p. 32).

tam para se defender e garantir os seus direitos, considerando que o papel fundamental de quem investiga alternativas ao encarceramento massivo para minimizar os impactos da estereotipagem, da rotulagem e do estigma social é, fundamentalmente, evitar a banalização da prisão preventiva pela antecipação dos efeitos da pena. Os mesmos dados do INFOPEN (2017, p. 13) informam que “40% das pessoas presas no Brasil em junho de 2016 não haviam sido ainda julgadas e condenadas”.

O problema do acesso à justiça tem a ver com a criminalização da miséria, pois há um abismo entre julgadores e julgados – a distância linguística que impede um papel ativo na defesa e a ausência de apoio de advogados especializados e com prestígio para dar suporte, dentre outros fatores, podem conduzir o processo à condenação apenas com as provas apresentadas pela polícia, por exemplo, sem maior investigação ou consideração. A distância do juiz do mundo do acusado – do indivíduo proveniente dos estratos sociais inferiores – favorece a condenação. “Isto não é só pela ação exercida por estereótipos e por preconceitos, mas também pela exercida por uma série das chamadas ‘teorias de todos os dias’, que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade policial” (BARATTA, 2011, p. 177).

Assim, a função protetiva, que é a função da prestação jurisdicional, converte-se em punição excessiva pela atuação desmedida e desarrazoada do Estado-Juiz, sem a observância dos parâmetros constitucionais.

Contra essa perspectiva, a conduta protagonista do juiz preconizada pelo garantismo penal só pode ser alcançada se o ordenamento jurídico assegurar a ele – ao juiz -, de fato, uma postura de guardião dos direitos e garantias fundamentais, no sentido de encontrar no Direito Penal a legitimidade em estreita relação com os princípios constitucionais.

O artigo procura mostrar a existência de contradições entre o garantismo constitucional e a legislação infraconstitucional, isto é, entre o que prescreve a Constituição para orientar a conduta do juiz e o que aduz o Código de processo Penal de 1941 que rege o Direito processual Penal, com o objetivo de apontar que este último pode afastar o juiz criminal do compromisso de respeito às garantias fundamentais e representar um entrave prático à atuação legitimada para se evitar a prática de excessos ao longo do processo penal, reforçando o punitivismo e, portanto, a violência estatal.

Defende-se que o critério de legitimação da atuação do juiz nos atos processuais não pode estar balizado somente na lei, mas fundamentalmente na Constituição Federal, que deve assegurar uma dupla asserção, a saber, a conduta justa, racional e legítima na persecução penal e, conseqüentemente, a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana atingida pela atividade persecutória do Estado.

A contradição ganha relevo em face da ferramenta legal que disciplina a grande maioria dos atos processuais, que é o Código de Processo Penal, um diploma legal criado pelo Decreto Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941, que institui o Código de Processo Penal, num período de exceção, em plena ditadura (a ditadura Vargas – 1937-1945) e, desde então, conforme o contexto, vem inspirando e influenciando a atuação das agências estatais ao longo do processo. Atualmente, mesmo com várias modificações pontuais ao longo do tempo, a maioria de seus dispositivos se encontram desatualizados, de forma que a sua utilização no contexto de um discurso de “pacificação social”, tal ferramenta serve somente para o controle dos indesejáveis e não para garantir os Direitos Humanos.

Para controle dos indesejáveis faz “a mão invisível do medo” (BIZZOTTO, 2015) que caracteriza a violência das agências estatais. O debate procurou mostrar, nesse sentido, que o referido diploma legal ainda constitui um entrave para a atuação do magistrado e, portanto, para a consolidação dos postulados garantistas dispostos na Constituição Federal de 1988.

Garantismo Penal e Direitos Humanos

A teoria do garantismo penal tem como um dos seus objetivos estabelecer as diretrizes para evitar a arbitrariedade e a irracionalidade da persecução penal, minimizando os impactos da violência estatal a partir de instrumentos de atuação que auxiliam na preservação dos direitos fundamentais orientados pela dignidade humana, previstos na Constituição Federal de 1988. Assim, “o garantismo pode ser definido como a tutela efetiva das normas constitu-

cionais extraídas do Estado Democrático de Direito, com a incessante perseguição da justiça social, respaldando os mais frágeis frente ao Estado para assegurar os direitos fundamentais” (BIZZOTO, 2009, p. 78).

Numa perspectiva da Criminologia Crítica, existe um mito que está na base da ideologia da defesa social, que é o mito do Direito Penal como direito igual e que, por sua vez, sustenta a violência estatal contra os direitos fundamentais. Para desmistificar:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual entre os indivíduos; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. A crítica se dirige, portanto, ao mito do direito penal como direito igual por excelência. (BARATTA, 2011, p. 162).

O direito desigual burguês se assenta nos mecanismos seletivos do processo de criminalização em estreita relação com a formação econômica e as condições estruturais da sociedade capitalista. As sanções penais são estigmatizantes e possuem uma função simbólica – punir certos comportamentos ilegais e encobrir outros, punir os indivíduos dos estratos sociais mais baixos (desempregados e subempregados) e retirar o foco das atenções dos indivíduos dos estratos mais altos que cometem os chamados crimes do “colarinho branco”. “Em suma, é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de desempregados, que tem necessidades, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal” (BARATTA, 2011, p. 190).

Encarar o Direito Penal a partir dessa teoria requer a aceitação premente de que a sociedade brasileira é excludente e as desigualdades concretas entre os indivíduos permeiam as relações sociais e tendem a acirrar os conflitos em face da criminalização seletiva da classe trabalhadora, sobretudo devido aos crimes patrimoniais, que representam a maioria dos crimes, seguido de crimes relacionados ao tráfico de drogas. Baratta (2011, p. 198), ao falar da Europa, “mostra que mais de 80% dos delitos perseguidos nestes países são delitos contra a propriedade”.

No Brasil, “entre os homens, os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros [...]. Os crimes de roubo e furto representam 38% dos crimes pelos quais os homens privados de liberdade foram condenados ou aguardam julgamento [...]” (INFOPEN, 2017, p. 43). São os crimes mais comuns na sociedade capitalista e é preciso considerar o seguinte:

Estes delitos constituem reações individuais e não políticas às contradições típicas do sistema de distribuição da riqueza e das gratificações sociais próprias da sociedade capitalista: é natural que essas classes mais desfavorecidas deste sistema de distribuição estejam mais particularmente expostas a esta forma de desvio (BARATTA, 2011, p. 198).

Para Baratta, é necessário pensar numa política criminal alternativa que considere a crítica do Direito Penal desigual, já que o direito burguês tem como foco a defesa do sistema econômico-social e dos interesses próprios à manutenção da hegemonia e reprodução do sistema. Em relação às classes sociais abastadas:

Elas estão interessadas, ao mesmo tempo, em um decidido deslocamento da atual política criminal, em relação a importantes zonas de nocividade social ainda amplamente deixadas imunes no processo de criminalização e de efetiva penalização (pense-se na criminalidade econômica, na poluição ambiental, na criminalidade política dos detentores do poder, na máfia, etc.), mas socialmente mais danosas, em muitos casos, do que o desvio criminalizado e perseguido. (BARATTA, 2011, p. 198).

Fica evidente que, para o autor, a Criminologia Crítica tem por função romper com o direito burguês e promover o Direito Penal alternativo e voltado para as condições sociais objetivas e estruturais da sociedade que produzem a miséria da classe trabalhadora e a coloca na marginalidade.

Diante do exposto, existe um direcionamento no processo penal que assegure os direitos fundamentais e considere as condições objetivas de produção do crime e a fragilidade do acusado? Como fazer valer as garantias constitucionais e defesa da liberdade em face do poderio estatal punitivo? Uma observação fundamental é que, aqui, não se busca a liberdade indiscriminada de quem cometeu um crime, mas “a demonstração das deficiências existentes na configuração e concretização do sistema penal, o que resulta em um modelo de sociedade excludente e perversa” (BIZZOTTO, 2015, p. 10). Da mesma forma, as argumentações do artigo procuram defender as teorias do garantismo penal, por ter nelas uma possibilidade alternativa de Direito Penal que vai contra a banalização do encarceramento e o superencarceramento massivo, pensando que a jurisdição penal pode assumir um compromisso de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais do acusado por outras vias.

Não por outra razão, o garantismo penal nasceu para defender e bem equacionar o constitucional Estado Democrático de Direito, no qual há a convivência entre inúmeros interesses confrontados e que, em algum instante, podem ser capturados pela atenção penal. [...] A defesa do mais débil em relação aos mais fortes é um dos motes do garantismo penal. (BIZZOTO, 2015, p. 25).

Partindo do pressuposto da existência da criminalização da miséria, defende-se que não se pode permitir uma atuação desmedida do Estado-Juiz, pois existem franquias constitucionais que conferem ao acusado assumir a função de parte detentora de direitos, conforme a teoria do garantismo penal, que visa “um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva” (FERRAJOLI, 2002, p. 683).

Convém aduzir, mais uma vez, que não se pretende, com o garantismo, a inexistência do processo e da pena, mas evitar o interesse exclusivamente punitivista, justificado pelo clamor social sem bases efetivamente jurídicas. Evidentemente, a ideia exacerbada de ordem pública se fundamenta em argumentos de opinião, mas o magistrado sabe que é somente através do instrumento processual que se chega à resolução de um fato criminoso e da aplicação da pena - e, com vistas nessa prerrogativa, o que se pretende defender é que não está em jogo a apuração da prática criminosa, mas os limites do processo. Assim, explicita-se a fronteira entre o campo jurídico bem fundamentado e o senso comum pautado na mera opinião.

Se a desigualdade social compromete o acesso à justiça é evidente que um processo garantista deve conferir ao acusado - sem qualquer forma de embaraço - todos os mecanismos processuais necessários à garantia de seus direitos. Parece clichê dizer isso, mas a opinião pública, na maioria das vezes, tende a pensar que o criminoso não tem que ter direito ou que, uma vez diante da justiça, deve ser sumariamente condenado. Adiciona-se à opinião pública a ideia de um Estado justiceiro e violento para ter como resultado a banalização da prisão cautelar e o superencarceramento massivo e poucas alternativas para minimizar os impactos

nefastos causados pelas desigualdades estruturais da sociedade capitalista.

A despeito disso, Conforme Ferrajoli (2002), a teoria do garantismo penal possui axiomas que incidem diretamente no processo, como o princípio da jurisdicionariedade, o princípio acusatório, o princípio do ônus da prova e o princípio do contraditório, que asseveram que nenhuma conduta será formalmente considerada criminosa sem a devida prestação jurisdicional e intervenção de um Estado-Juiz imparcial. Para tanto, torna-se imperiosa uma separação do órgão julgador imparcial do órgão acusador. Nessa linha de raciocínio, o sujeito da acusação tem o ônus de produzir as provas a fim de comprovar as alegações feitas na peça inicial acusatória. Tem-se, ainda, que esta prova deve ser produzida com a participação da defesa, exercendo o contraditório que a coloque em posição semelhante ao do órgão acusador.

O problema apontado por Baratta (2011) está no abismo entre o mundo do juiz e o mundo do acusado, de forma que as diferenças sociais deste último prevalecem como ponto negativo e acabam por resultar numa condenação sem maiores considerações, sem ter um verdadeiro acesso à justiça por questões relacionadas à vida precarizada e marginalizada.

Sepúlveda² (ONU, 2012), em entrevista à Organização das Nações Unidas (ONU), no Dia Internacional para a Erradicação da Pobreza, 17 de outubro, afirmou o seguinte: “garantir o acesso à Justiça para os pobres exige sistemas judiciais funcionais e leis que não apenas refletem os interesses dos grupos mais ricos e mais poderosos, mas também levem em conta a renda e os desequilíbrios de poder”, disse ela. “As reformas devem ser implementadas com a participação efetiva e significativa de pessoas que vivem na pobreza.”

Para se falar em sistema de garantias é preciso também ocorrer uma defesa participativa, envolvendo “os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do ato” (FERRAJOLI, 2002, p. 693), o que, em grande medida, envolve uma análise transdisciplinar e macrossociológica do fenômeno da criminalidade. As questões sociais não podem ser deixadas de lado nessa análise, porque normalmente a pobreza é um fator limitante de acesso à justiça. Nesse sentido, cabe à justiça auxiliar no combate à pobreza como forma de garantir os direitos fundamentais.

Combater pobreza requer melhoria do acesso à Justiça para pobres, afirma especialista da ONU. [...] ‘Sem acesso a Justiça, as pessoas que vivem na pobreza são incapazes de reivindicar e perceber toda uma gama de direitos humanos, ou contestar crimes, abusos ou violações cometidas contra eles’, observa Magdalena Sepúlveda no Dia Internacional para a Erradicação da Pobreza, 17 de outubro.³ (ONU, 2012).

Se o acesso à justiça é um direito humano, a sua negação em função da criminalização da miséria e da discriminação é uma perversidade e um indicativo de sérios problemas no projeto civilizatório propugnado pelo sistema capitalista, representando, pelo contrário, o esgotamento das possibilidades civilizatórias.

No que concerne à defesa participativa, é considerada fundamental a participação ativa e vigilante do juiz para a garantia da igualdade equilibrada entre os sujeitos processuais, da mesma forma, a garantia da ampla defesa tem de assegurar uma participação efetiva do acusado e seu defensor pela utilização de todos os recursos jurídicos.

O responsável pela condução do processo precisa compreender que só se pode falar em um amplo direito de defesa se houver efetiva possibilidade do acusado de se opor a acusação,

2 ONU. Combater pobreza requer melhoria do acesso à Justiça para pobres, afirma especialista da ONU. Publicado em 17/10/2012. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/combater-pobreza-requer-melhoria-do-acesso-a-justica-para-pobres-afirma-especialista-da-onu/> Acesso em: 22/04/2020.

3 ONU. Combater pobreza requer melhoria do acesso à Justiça para pobres, afirma especialista da ONU. Publicado em 17/10/2012. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/combater-pobreza-requer-melhoria-do-acesso-a-justica-para-pobres-afirma-especialista-da-onu/> Acesso em: 22/04/2020.

expor livremente quaisquer teses e argumentos, bem como requerer a produção de todas as provas não proibidas em lei e de interpor todos os recursos possíveis e cabíveis. Nesse cenário, o magistrado precisa ter em mente que, em um processo de viés garantista, cabe a todo acusado, como sujeito processual e titular dos direitos fundamentais constitucionais, reagir, efetivamente, a uma pretensão penal (TUCCI, 2004). É importante mencionar que o constituinte originário optou por uma tutela diferenciada ao longo do processo, conferindo um amplo direito de defesa do acusado.

Desse modo, o condutor do processo, sujeito imparcial, deve garantir ao acusado, sujeito parcial, um conjunto de direitos e garantias suficientes para uma oposição efetiva à pretensão penal. Sem a garantia da ampla defesa todos os demais direitos colocados à disposição do acusado ficam desamparados. Este princípio é a pura expressão do exercício ativo da liberdade, sendo que a ausência da ampla defesa demonstra simplesmente um perfil policialesco do condutor do processo penal. Quanto a isso, Bizzotto e Rodrigues (1998, p. 27) afirmam que “negar a defesa para quem quer que seja é condenar a própria sociedade a um regime de insegurança, pelo qual qualquer pessoa pode ser atingida, por melhor que seja para os padrões momentâneos da sociedade”.

Também se impõe asseverar, no presente artigo, que estes comandos constitucionais garantistas direcionados ao acusado devem ser observados pelo juiz no processo, mesmo que esta postura, em prol dos direitos fundamentais, seja contrária ao aparente interesse episódico das maiorias, sobretudo do senso comum presente nos meios de comunicação de massa, que procuram formar a opinião pública dentro de limites estreitos que não compreendem a prestação jurisdicional. O garantismo penal confere ao juiz a possibilidade de ter uma atuação contramajoritária visando à proteção dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos acusados.

Segundo Carvalho (2001, p. 95), os direitos fundamentais não podem ser negociados e nem mesmo “a unanimidade pode deliberar ou deixar de deliberar” e tal posicionamento garantista encontra respaldo constitucional a fim de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais aos mais frágeis frente ao Estado Penal. Portanto, o juiz tem uma nova posição dentro do Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional garantista, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos e garantias fundamentais (LOPES JR., 2005, p. 177).

A doutrina garantista, com seus postulados, usa de técnicas que visam minimizar a violência e o poder punitivo, isto é, diminuir, ao máximo possível, os excessos do Estado punitivo sobre a criminalização da miséria, de forma que haja respeito aos direitos do acusado, “o respeito a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais” (ROSA, p. 25, 2002).

Como se observou, muitos autores trabalham com uma perspectiva crítica em relação ao Direito Penal e não deixam de evidenciar os problemas estruturais da sociedade capitalista como produtora dos fenômenos da criminalidade, deixando claro que os direitos fundamentais e os Direitos Humanos devem ser defendidos e garantidos.

O Enraizamento do Código de Processo Penal como Entrave para a Consolidação do Projeto Garantista

O principal instrumento regulador das atividades desenvolvidas pelo juiz no processo é o Código de Processo Penal. Este diploma legal foi criado em 1941 com clara inspiração fascista e uma tendência nitidamente policialesca. Naquela época, a preocupação quase exclusiva do legislador era que o referido Código servisse basicamente como um instrumento garantidor da segurança pública e do controle social, constituindo um conjunto de normas que considerava o acusado uma pessoa a ser perseguida pelo Estado, com a ajuda do juiz criminal, até o momento de sua condenação.

Nota-se que, naquele período histórico, o desejo do Estado era criar um manual represivo que pudesse tratar o acusado da forma que era mais conveniente as forças políticas. A forma como era tratado o indesejado do regime, nos tempos ditatoriais, aniquilava o mínimo

de humanidade possível. Com isso, ao longo deste regime de exceção, o diploma processual penal foi produzido para dar vazão ao arbítrio punitivo e, desde então, tem sido assim, dado o seu enraizamento no Direito processual Penal.

Historicamente, a preocupação com a segurança pública tem sido com a ação repressiva do Estado a partir de uma visão de perseguição dos inimigos da sociedade, que sempre se refletiu no processo penal e que, por sua vez, é tido como um instrumento legitimador da punição pelo Estado Penal. Diante da lógica punitiva, realizavam-se os atos processuais sem a mínima preocupação com proteção das garantias e direitos do acusado. A cultura autoritária dos juízes daquela época levou a uma atuação voltada a eficiência punitiva (CASARA, 2015): trata-se da antiga visão repressiva utilitarista (os fins justificam os meios) responsável pela criação do Código de Processo Penal de 1941, com efeitos históricos nefastos. O processo, neste caso, era visto, segundo Casara (2015), como um simples mecanismo de repressão e controle social dos indesejados do sistema, onde Ministério Público e o Poder Judiciário atuavam como se fossem membros das forças de segurança pública do país.

Dentro desta visão autoritária, os juízes utilizavam o discurso da busca da “verdade real” a fim de produzirem provas de ofício. A “verdade real”, por seu conteúdo ideológico

[...] mesmo ao se admitir a impossibilidade humana de se alcançar a verdade, os juízes não abdicavam deste valor. O condutor do processo buscava a verdade, embora tinha consciência de que tal desiderato era inatingível. Mas, o magistrado invocava a verdade real, aliada ao discurso da defesa intransigente da sociedade, para ultrapassar os limites éticos-legais (CASARA, 2015, p. 168).

Porém, a verdade substantiva, devidamente acompanhada da teoria do processo como instrumento de controle social, serviu como justificativa para o desrespeito, por parte do juiz, das garantias fundamentais asseguradas ao acusado. Com efeito, a busca da “verdade real” e o discurso do processo como mecanismo de defesa da sociedade, tão difundidos no momento histórico da edição do principal diploma penal, atualmente, se constituem em mitos reprodutores de arbítrios realizados pelo condutor do processo. Aliás, a perseguição da verdade como ela é, ou como ela foi, é algo, no processo penal, inatingível (MACHADO, 2009). É bom ressaltar que o discurso do processo como mecanismo de controle social e de segurança pública, reforçado pela busca incessante da “verdade real”, foi invocado várias vezes na Era Vargas, sendo que era um artifício utilizado pelas agências punitivas para justificar a perseguição dos opositores do regime.

Atualmente, estes velhos discursos estão enraizados no Direito Processual Penal e ainda são invocados pelos juízes com objetivo de utilizar o processo como instrumento a serviço da segurança pública. Isto causa graves inconvenientes e prejuízos ao acusado. Nesse sentido, de nada serve lutar pela efetivação da máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição, quando se esbarra na ideia oriunda de 1941 de que o processo é uma ferramenta autoritária de controle social. Prado (2014, p.17) aponta que *a atuação do juiz no processo penal “em nome da verdade real, traduz uma mera realização de atos que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas”*. Não se pode dar um poder ilimitado ao juiz para realizar os atos processuais a fim de satisfazer os anseios do discurso de se encontrar a verdade “a todo custo”, sendo que este discurso encobre outro que se traduz em buscar a punição “a todo o custo”.

Convém ressaltar, assim, que não se pode permitir o uso da retórica da “verdade real” para subverter a função garantista do processo. Aliás, a verdade, no processo penal, só pode ser extraída através da absoluta obediência aos comandos garantistas consagrados na Constituição Federal. A perseverança dos discursos da defesa social e da busca incessante pela “verdade real”, alimentados pelo Código de Processo Penal de 1941, desatualizado em vários dos seus dispositivos, constitui-se em uma opção política do juiz que torna desigual a relação com o acusado e permite o uso arbitrário do poder contra este. No Brasil, esta postura do juiz re-

apresenta uma ultrapassada opção, digna de períodos autoritários, de perseguir os indesejáveis do sistema.

Hoje, o Brasil está diante de políticas criminais ultraconservadoras e no atual estágio de desenvolvimento do Estado neoliberal, até ultraneoliberal, o Estado justiceiro ganhou força para encarcerar como única medida possível de contenção da criminalidade, tendo como público alvo do Direito Penal burguês os trabalhadores que estão à margem do sistema de produção e consumo, de forma que existe um perseguido pelo estado penal: a miséria. Os brasileiros menos favorecidos, social e economicamente são os que mais figuram como acusados. Estas pessoas, na maioria dos casos, são processadas pela possível prática de crimes patrimoniais ou crimes de tráfico de drogas. Diante do exposto, pode-se afirmar que o processo penal, no Brasil, é direcionado, diante da política criminal neoliberal, aos marginalizados da sociedade, conforme se evidenciou com a delimitação dos tipos penais indicados pelo INFOPEN, na seção anterior.

O Garantismo Penal na Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 estabeleceu parâmetros garantistas limitadores do poder punitivo estatal e que asseguram o respeito aos direitos fundamentais, sendo que estes devem ser observados pelo juiz criminal no processo. A política da magistratura “nada mais é do que a política da própria Constituição expressa na defesa intransigente dos direitos fundamentais” (PRADO, 2006, p. 11).

Assim, a atuação legitimada busca a efetividade conforme os ditames constitucionais para evitar a prática de excessos ao longo do processo. Nesse sentido, “o desafio do magistrado, na atualidade, é colaborar na construção do direito como um sistema de garantias constitucionais, na direção da tutela dos direitos fundamentais, mormente na preservação da dignidade do ser humano” (GIACOMOLLI, 2006, p. 27).

Contudo, atualmente, ainda há juízes conservadores adeptos do autoritarismo enraizado no Código de Processo Penal de 1941 que não respeitam, ao longo do processo, as franquias constitucionais e defendem o discurso da defesa social responsável pela criação do mencionado diploma legal. Eles não estão imbuídos do propósito de evitar a prática de atos arbitrários pelos demais agentes estatais, mesmo que a Constituição Federal tenha acolhido o modelo garantista que lhes confere poderes para dar aos Direitos Humanos eficácia imediata na etapa processual da persecução penal. Muitos optam por flexibilizar os direitos fundamentais, fator que enfraquece dos direitos e garantias do acusado em nome do combate irrestrito da criminalidade.

Alerta-se, no entanto, que após a promulgação do Texto Maior de 1988, que o juiz não deve estar jungido a interesses que se afastem da tutela dos direitos fundamentais direcionados ao processo penal (BIZZOTTO, 2009, p. 53). Os magistrados que aceitam a positividade constitucional

devem ter uma relação de intimidade: direta, imediata, completa. Há um nível de cumplicidade que os atrai e os enlaça. Na medida em que, de maneira explícita ou implícita, dá-se positividade constitucional a direitos humanos fundamentais, estabelece-se, ao mesmo tempo, um sistema de garantias com o objetivo de preservá-los. O juiz penal passa a ser o garantidor desse sistema. (FRANCO, 1997, p. 269).

No pensamento filosófico-jurídico do garantismo - o Estado-Juiz tem legitimidade para conduzir os atos processuais para, ao final, impor a pena, mas observando todos regramentos constitucionais destinados à proteção do sistema de liberdades públicas fundamentais.

Ocorre que as contradições podem ser visualizadas no cotidiano da prestação jurisdicional, já que mesmo que a Constituição tenha introduzido uma modificação de cunho garantista no desenho político criminal, o juiz ainda tem como horizonte a interpretação do Código de Processo Penal. Para Streck (2002, pp. 30-31), existe um certo “fascínio pelo Direito infraconstitucional a ponto de se adaptar a Constituição às Leis ordinárias”. Acredita-se, entretanto, que

os dispositivos do Código precisam ser interpretados à luz da Constituição e não ao contrário.

A postura do magistrado sem atitude na defesa da Constituição ainda é uma realidade no Brasil devido a não compreensão de que o Código de Processo Penal, em sua grande parte, encontra-se desatualizado em vários dos seus dispositivos e que não pode mais ser tolerado no Estado Democrático de Direito, como um mero aplicador frio dos dispositivos desse Código.

Na visão de Ferrajoli (1997, p. 100), “a sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei, somente enquanto válida, ou seja, coerente com a constituição”. Tal perspectiva, “na prática, a aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar oxigenação constitucional de viés garantista, para aferição da constitucionalidade material e formal da norma jurídica. E somente assim se dá a devida força normativa à Constituição” (ROSA, 2014, p. 37).

Os axiomas garantistas do devido processo legal, previstos expressamente na Constituição Federal, aduzem uma condição necessária e obrigatória a ser seguida pelo juiz, já que “mostram-se de significativa relevância para a tutela dos direitos fundamentais do homem” (THUMS, 2006, p. 97).

A garantia da prestação jurisdicional visa garantir que o acusado seja processado e julgado por um juiz imparcial e independente, tendo como corolário do devido processo legal garantista, a presunção de inocência, cabendo ao acusado demonstrá-la. A Constituição Federal de 1988, no inciso LVII, do artigo 5º, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nesse passo, durante o processo, o juiz tem a tarefa garantista de agir no sentido de tratar o acusado como se tivesse a convicção de que ele é inocente. Logo, a postura do magistrado, ao longo da marcha processual, é de preservar a não culpabilidade constitucional e, em casos excepcionais e extremos, permitir a destruição deste estado (BIZZOTTO, 2003, p. 249).

Convém salientar que este preceito constitucional, ao longo do processo, se manifesta de várias formas. No que se refere ao âmbito probatório, é importante realçar que recai exclusivamente sobre o órgão acusador o ônus da prova, manifestação do axioma processual acusatório, e que este deve provar que o acusado foi autor ou partícipe do fato que lhe foi imputado na inicial acusatória. A iniciativa probatória deve partir do órgão acusador.

Como condição para um modelo de processo garantista, o magistrado precisa ter a consciência de se afastar ao máximo da iniciativa da produção probatória. Não é função do juiz se transformar no gestor da prova, pois “quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes, e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão” (COUTINHO, 2001, p. 04).

Vale lembrar que o modelo de pensar inquisitório é incompatível com a teoria do garantismo. Não é possível que o magistrado se comporte como órgão acusador e saia à procura de provas visando à condenação do acusado. Também só se pode falar em garantismo se o juiz não realizar o procedimento em contraditório, tal como expresso no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.

Sendo assim, é evidente a necessidade de informação e possibilidade de reação ao longo da marcha processual. Tradicionalmente, o contraditório é visto como garantia às partes de participação no processo, contribuindo na formação da convicção do julgador. Nesse enfoque, Bizzotto (2003, p. 242) afirma que o contraditório é a garantia constitucional que

permite aos sujeitos processuais interessados no resultado da persecução penal, com a imposição ou a negação do direito material no caso concreto, a ampla perseguição dos objetivos a que se dispuseram, exercendo a dialética sucessiva do contraditório.

Vale ressaltar que a necessidade de tratamento equânime das partes, objetivando a garantia da participação em simétrica paridade, realmente, de nada adianta se o juiz assegurar à parte a possibilidade formal do acusado se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe conceder os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los.

Desse modo, na direção do processo, o magistrado deve levar em consideração a igualdade material entre os sujeitos processuais. De forma genérica o art. 5º, *caput*, prescreve que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. O postulado constitucional da igualdade é um marco do pensamento garantista e impõe vedação a qualquer tipo de discriminação do juiz na condução do processo penal. Para que atinjamos a concretização da igualdade material faz-se necessária a observância, pelo presidente do processo, dos direitos e garantias fundamentais do acusado, independentemente da sua condição social.

Os mecanismos pelos quais o Estado exerce o seu direito de perseguir são diferenciados em sua incidência, alcançando com mais força os excluídos do sistema social operante. Dentro desse contexto,

ao se cotejar a realidade do sistema penal com valor igualdade, a conclusão insofismável é a da presença da absurda desigualdade, com as garras do Estado Penal regendo tão-somente pessoas que advêm das classes excluídas do modelo social neoliberal (BIZZOTTO, 2015, p. 161).

Acredita-se, pelo contrário, que cabe ao Estado elaborar normas que atinjam as pessoas de maneira igual e com as mesmas consequências; que sejam aplicadas a partir da premissa da igualdade concreta, ignorando as diferenças sociais para evitar que o sistema político penal atinja com maior intensidade as pessoas com poucos recursos financeiros.

Considerações Finais

Importante aduzir que há juízes defensores do endurecimento punitivo, ainda com a visão conservadora e policialesca de 1941, mesmo vivendo no século XXI. Estes entendem que os preceitos constitucionais voltados ao processo penal devem ficar em plano inferior ao Código de Processo Penal, deixando-se reger pelo devido processo penal desigual (Direito Penal desigual). Muitos, influenciados por discursos de defesa da sociedade e da busca da “verdade real” através das normas processuais penais, conduzem o processo penal de forma autoritária sem a preocupação em seguir os objetivos garantistas estabelecidos constitucionalmente, atendendo tal somente a falsa consciência do clamor social e da opinião pública sem fundamentação jurídica.

Entretanto, a Constituição Federal é a lei maior do ordenamento jurídico e toda normatividade deve a necessária submissão aos comandos constitucionais caracterizando a sua supremacia. Convém frisar que é imprescindível uma filtragem constitucional, especificamente no âmbito do processo penal, visando à função precípua de respeitar os regramentos constitucionais limitadores do Estado penal intervencionista, como forma de combater a banalização da prisão cautelar e o encarceramento massivo, procurando alternativas para a criminalização da miséria.

É preciso compreender que o processo penal não deve ser um mecanismo de controle e repressão destinado unicamente a fazer atuar as leis penais (direito material), numa perspectiva exclusivamente punitivista da população trabalhadora alijada dos processos de produção e consumo nas sociedades capitalistas, mas como meio de afirmação e defesa das chamadas liberdades fundamentais que, como se sabe, constituem o núcleo ético das teorias garantistas.

A vertente crítica da criminologia tem no garantismo penal uma alternativa que minimiza os impactos nefastos da repressão e tem como uma de suas vertentes a necessidade de o juiz respeitar o acusado como sujeito de direitos, pois só assim ocorre legitimamente a marcha processual e, eventualmente, a aplicação justa da pena. Para teoria garantista, o juiz assegura à parte mais débil do processo todas as garantias constitucionais, partindo do respeito à digni-

dade da pessoa humana e da presunção de inocência.

Nesse sentido, há que se considerar como prerrogativa fundamental o acesso à justiça, que as classes inferiores ainda carecem, colocando nas mãos do juiz somente as provas que conduzem à condenação, num contexto em que o Brasil vem adotando uma política criminal extremamente repressiva. Procuramos mostrar que o juiz não pode assumir, na condução do processo penal, uma postura meramente repressiva sem levar em conta os parâmetros constitucionais e as conquistas civilizatórias trazidas com as garantias dos direitos fundamentais e com a defesa dos Direitos Humanos. Mesmo diante da continuidade dos discursos autoritários enraizados na prestação jurisdicional do Código de Processo Penal, o magistrado tem que assumir uma postura de guardião das garantistas previstas na Lei Maior.

O garantismo penal reconhece o primado da supremacia da constituição, sendo que é arbitrária a condução do processo com base apenas nos preceitos da legislação infraconstitucional. No dia a dia as contradições surgem e saltam aos olhos, sobretudo porque a “mão invisível do medo, como diz Bizzotto, volta-se contra os trabalhadores que foram marginalizados e rotulados pelo sistema como forma de contenção social e um ilusório combate da criminalidade, desvirtuando a função garantista do processo.

Concluimos, portanto, que o compromisso do juiz criminal especificamente, e da prestação jurisdicional, em particular, deve estar pautado pelo respeito à Constituição Federal de 1988 e pela defesa intransigente dos Direitos Humanos, mantendo a observância legal na imparcialidade, na presunção de inocência, no contraditório e na ampla defesa dos acusados para a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Referências

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 6 ed. Trad. Juarez C. dos Santos. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BIZZOTTO, A. **Valores e princípios constitucionais: exegese no sistema penal sob a égide do Estado Democrático de Direito**. Goiânia/GO: AB, 2003.

_____. **A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário**. Florianópolis/SC: Empório do Direito Editora, 2015.

BIZZOTTO, A.; RODRIGUES, A. B. **Processo penal garantista**. Goiânia/GO: AB, 1998.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Instituto o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2020

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASARA, R. R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, J. N. M. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, J. N. M. (Org.). **Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001.

DE GIORGI, A. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2013.

FERRAJOLI, L. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR, J. A. (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi H. Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

GIACOMOLLI, N. J. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, R. M. C. (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Atualização - Junho de 2016. Thandara Santos (Org.). Marlene Inês da Rosa [et all] (Colaboração). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; **Departamento Penitenciário Nacional, 2017**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

FRANCO, A. S. **O compromisso do juiz criminal no Estado Democrático: justiça e democracia**. V. 3. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 1997.

LOPES JR., A. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade Garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, A. A. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ONU. Combater pobreza requer melhoria do acesso à Justiça para pobres, afirma especialista da ONU. Publicado em 17 out. 2012. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/combater-pobreza-requer-melhoria-do-acesso-a-justica-para-pobres-afirma-especialista-da-onu/> Acesso em 22 abr. 2020.

PRADO, G. **Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROSA, A. M. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis/SC: Habitus, 2002.

_____. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2002.

THUMS, G. **Sistema processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TUCCI, R. L. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.