GARANTISMO E A NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

GARANTISM AND THE NECESSARY PRESERVATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CRIMINAL PROCEDURE

Matheus Arcangelo Fedato*
Valter Foleto Santin**

RESUMO: *O artigo trabalha com a preservação dos direitos fundamentais dentro do Processo Penal, utilizando a teoria garantista como forma de contenção do poder punitivo estatal. A problemática concentra-se na contenção do poder estatal dentro do Processo Penal, mais especificamente na necessidade de preservação dos direitos fundamentais dos acusados e investigados. A hipótese se encontra na utilização do garantismo penal como forma de limitação do poder do Estado, promovendo, dessa maneira, os direitos fundamentais no Processo Penal. O objetivo do trabalho é analisar o Processo Penal sob uma perspectiva garantista, buscando estabelecer limites ao uso do poder estatal, de forma a respeitar os direitos fundamentais inscritos na Constituição. Inicialmente, analisa-se a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, explorando sua obra de modo a estudar as bases de sua doutrina. Em seguida, estuda-se o Processo Penal brasileiro e os dispositivos constitucionais que se relacionam com os axiomas propostos pela teoria do garantismo penal, realizando uma análise conjunta da teoria garantista com o Processo Penal pátrio. Conclui-se que a teoria do garantismo penal é extremamente importante e que esta deve ser utilizada dentro do Processo Penal brasileiro, pois expressa ideais democráticos e de proteção aos direitos fundamentais, servindo como maneira de conter a abusividade no uso do poder estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos. Desse modo, o sistema processual penal ainda precisa evoluir no Brasil a fim de se adequar completamente a um matiz garantista e democrático. Para atingir os objetivos propostos, o trabalho está delimitado seguindo o método dedutivo, além de meios de pesquisa documental, eletrônico e bibliográficos.*
Palavras-chave: *Garantismo penal. Processo penal. Democracia. Direitos fundamentais. Liberdade.*

ABSTRACT: *The article discusses the preservation of fundamental rights within the Criminal Procedure, using the garantism theory as a form of containment of state punitive power. The research focuses on restraining state power within criminal proceedings, more specifically on the need to preserve the fundamental rights of the accused and the investigated. The hypothesis lies in the use of criminal guaranty as a way of limiting the power of the State, thus promoting*

* Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito, Jacarezinho, PR, Brasil.
https://orcid.org/0000-0003-1243-5127

** Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito, Jacarezinho, PR, Brasil.
https://orcid.org/0000-0002-7925-3224

fundamental rights in the Criminal Procedure. The objective of this article is to analyze the criminal process under a guarantor perspective, seeking to establish limits to the use of state power, so as to respect the fundamental rights inscribed in the Constitution. Initially, it is analyzed the Luigi Ferrajoli's theory of criminal guaranty, exploring his work in order to study the bases of his doctrine. Then, it is studied the Brazilian Criminal Procedure and the constitutional devices that are related to the axioms proposed by the theory of the criminal garantism, performing a joint analysis of the garantism theory with the Brazilian Criminal Procedure. It concludes that the theory of criminal garantism is extremely important and that it should be used within the Brazilian Criminal Procedure, since it expresses democratic ideals and protection of fundamental rights, serving as a way to contain abusiveness in the use of state power, privileging the freedom of individuals. Thus, the criminal procedural system still needs to evolve in Brazil to fully adapt to garantism and a democratic hue. In order to reach the proposed objectives, the work is delimited following the deductive method, as well as documental, electronic and bibliographical resources.
Keywords: *Criminal garantism. Criminal procedure. Democracy. Fundamental rights. Freedom.*

1 INTRODUÇÃO

O controle do poder da maioria sobre a minoria e a garantia da participação da vontade de todos nos atos de poder se revestem de grande relevância dentro de um Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais funcionam como uma defesa do cidadão: (i) contra a imposição de alguma medida do Estado (relação negativa); (ii) como a exigência de uma prestação positiva do Estado (relação positiva). Os direitos fundamentais se irradiam sobre os mais diversos temas, sendo de grande interesse os direitos que se relacionam com o Processo Penal.

A tutela da liberdade recebe grande apreço quando se trata da persecução penal, tendo em vista a possibilidade de eventual cerceamento da liberdade, seja por condenação ou prisão cautelar. Nesse momento, o Estado, na maioria das vezes, é o encarregado de proceder à ação penal e dar seguimento à apuração de um possível fato delituoso.

No Processo Penal, existe a necessidade da observação de diversas garantias, como a presunção de inocência e o devido processo legal. Como o indivíduo dentro do Processo Penal se encontra em uma situação em que é investigado ou acusado por um crime e que poderá vir a sofrer restrição na sua liberdade, é imperiosa a análise do Processo Penal sob uma ótica garantista, voltada para a preservação dos direitos individuais.

O objetivo geral do trabalho é analisar o Processo Penal sob uma perspectiva garantista, buscando estabelecer limites ao uso poder estatal, de forma a respeitar os direitos fundamentais inscritos na Constituição. Como objetivos específicos, procura-se analisar a teoria garantista, expondo seus fundamentos e características, com a finalidade de esclarecer o referencial teórico utilizado. Ainda procura-se analisar as implicações da teoria garantista dentro do Processo Penal brasileiro, buscando discorrer sobre a

forma que esta deve ser utilizada, com a finalidade de contenção do poder e de preservação dos direitos fundamentais do acusado.

O pressuposto teórico do trabalho se encontra na teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, que desenvolveu a teoria como forma de estruturar o uso do poder estatal dentro de um Estado Democrático de Direito, buscando, por meio de axiomas, orientar a atividade estatal no que se relaciona ao campo penal.

Relacionando democracia, direitos fundamentais e o Estado, Ferrajoli busca analisar como se formam as razões do Direito Penal, investigando como e quando punir, como e quando proibir e quando e como julgar. Por meio de suas análises, é possível compreender como se dão e como devem se dar as relações entre o Estado e o indivíduo na seara penal, objetivando a realização dos direitos fundamentais. Para atingir os objetivos propostos, o trabalho está delimitado, seguindo o método dedutivo, além de meios de pesquisa documental, eletrônico e bibliográficos.

2 TEORIA DO GARANTISMO PENAL: ASPECTOS TEÓRICOS

A teoria do garantismo penal baseia-se em alguns pilares fundamentais, quais sejam a democracia, os direitos fundamentais e o poder estatal. Além disso, Ferrajoli, ressalta alguns aspectos sobre a teoria da norma jurídica, trazendo pontos sobre os resultados de sua aplicação na sociedade. Dessa maneira, faz algumas distinções, notadamente, a diferenciação entre vigência e validade e a sua importância para a aplicação do Direito e da efetividade da norma.

Percebe-se que a proposta de garantia de Ferrajoli procura cobrir vários flancos, em que o modelo de garantia e sua regulamentação legal têm a função de limitação de poder, em consonância com o estado de direito, cujos limites do poder são materializados com os princípios da legitimação da posição formal e substancial. Na teoria do direito, a sua nova concepção científica do direito se revelaria num juspositivismo crítico, no fortalecimento do papel dos juízes e dos juristas como aprimoradores permanentes do sistema legal. Na dimensão da filosofia política, assume responsabilidade pelas críticas e deslegitimação externa de sistemas jurídicos baseados em critérios ético-políticos. Em tal sentido, entende Rodolfo Moreno Cruz (2007, p. 852):

> [...] el fenómeno jurídico, con la propuesta garantista, busca cubrir los diversos flancos que de forma aislada han sido enfocados por los reduccionismos. El modelo garantista, en su

> dimensión normativa del derecho, cumple una función de limitación del poder. Esta dimensión se identifica, en Ferrajoli, con el Estado de derecho, y los límites al poder se materializan con los principios de legitimación formal y legitimación sustancial. En su dimensión de teoría del derecho, incide en una nueva concepción de la cientificidad del derecho y promulga un iuspositivismo crítico que fortalece el papel de los jueces y de los juristas como los encargados de la mejora permanente de los ordenamientos jurídicos. En su dimensión de filosofía política, asume la responsabilidad de la crítica y deslegitimación externa.

Na colocação do garantismo como atinente à democracia e ao controle do poder, Ferrajoli (2002, p. 29-30) trata das relações entre as pessoas em sociedade, apontando como ocorreram as modificações das relações humanas no decorrer da história. É importante notar que as Revoluções Liberais ocorridas na França e nos Estados Unidos e o movimento Iluminista europeu romperam com as ideias absolutistas e monarquistas da época.

Nesse sentido, a burguesia não estava mais disposta a tolerar uma subordinação àqueles que mantinham o poder político. Para tanto, rompeu as barreiras até então impostas e instaurou uma nova era mundial. Com isso, as antigas ideias acerca do poder, que pregavam seu isolamento em figuras centrais, totalmente desconexas dos ideais da população, não representavam o "povo" e deveriam ser consideradas como ilegítimas.

Desse modo, a democracia é alçada como principal forma de regulamentação do poder, visando dar a todos os cidadãos, ou seja, ao "povo", a capacidade de influir no exercício do poder estatal, não podendo haver supressão da manifestação daquele que puder emiti-la. O que antes era a imposição de poucos (*oligo*) para muitos, passou a ser a imposição de muitos (maioria) para poucos (minoria).

Alerta Ferrajoli (2002, p. 756-757) que a democracia não pode ser caracterizada como a simples vitória da maioria sobre a minoria, mas deve significar o respeito aos interesses de todos os envolvidos no processo democrático, de forma que as garantias das minorias não podem ser suprimidas pelo fato de a vontade da maioria se mostrar contrária aos interesses minoritários. A democracia não pode consistir em uma ditadura da maioria sobre a minoria, mas, sim, no convívio saudável e respeitoso entre uma e outra.

Nesse sentido, o jurista vislumbra que o exercício do poder deve ser pautado pelos ideais democráticos, tendo os atos estatais traços de todos

aqueles que participam do processo democrático. Necessário compreender, então, que as relações entre as sociedades que têm a democracia como forma de poder não podem estar caracterizadas pela imposição forçosa de um lado, ainda que seja minoritário, mas que possua maior parte do poder, contra a minoria, que mesmo majoritária, possa ter a menor parte do poder. Discorrendo sobre a insuficiência de uma concepção meramente formal de democracia, Ferrajoli (2011b, v. 2, p. 12) posiciona-se da seguinte maneira:

> [...] una noción de democracia puramente formal o procedimental está ligada a una aporía de carácter filosófico-político. Esta concepción se acredita, como se ha dicho, conformea la caracterización de la democracia como «auto-nomía», «auto-gobier-no» o «auto-determinación» popular, es decir, como libertad positiva delpueblo de no estar sujeto a otras decisiones y, por tanto, a otros límiteso vínculos, salvo los decididos por él mismo.

A democracia deve ser considerada como um regime pluralista, fundado na preservação dos direitos humanos e no poder popular. Para Janaína Machado Sturza e Renata Maciel (2018, p. 264), é "o regime político que melhor promove e protege os direitos humanos, uma vez que é um regime fundado na soberania popular, no sentido de que todo poder emana do povo, e na separação e desconcentração dos poderes".

O ideal buscado pelo garantismo, dessa maneira, se encontra na busca pelo equilíbrio no exercício das relações de poder, culminando, portanto, na observância das diferenças e dos interesses daqueles que compõem a sociedade. O objetivo é que as relações se deem de forma a fazer com que todos possam participar e que ninguém saia prejudicado de modo a ter violações indevidas em sua esfera de direitos.

No que se refere aos direitos fundamentais, esses seriam caracterizados como a formalização da limitação do poder, garantindo aos cidadãos ferramentas contra o (ab)uso do poder pelo Estado. É nessa linha que os primeiros direitos fundamentais possuem força negativa, ou seja, têm a capacidade de impor ao Estado uma limitação, que é a da impossibilidade de interferência na esfera privada dos indivíduos.

Tais direitos são conhecidos como direitos de liberdade, garantindo aos cidadãos que não pode o Estado limitar-lhes a vontade de ir e vir sem motivação. A partir de então, não se tornou mais possível aos detentores do

poder determinar a restrição incondicional da liberdade dos cidadãos, servindo os direitos fundamentais como limite.

Com essa contenção do poder, surgem diversas normas de direitos fundamentais garantidoras da liberdade tratando sobre os mais diversos temas. Como superação aos governos totalitários, a imposição da lei não é mais ato discricionário de um soberano, mas advém de um Estado Democrático por meio de normas impessoais.

> Na corrente garantista, o homem é visto como o centro das atenções do Estado, que, na busca pela paz social, deve reprimir apenas comportamentos intoleráveis, que causem danos sociais, atingindo os bens mais importantes. É bem por isso que o uso de proibições e imposição de comportamentos, como meio de proteger os bens jurídicos, não deve se sobrepor aos princípios que garantam a dignidade da pessoa humana (TEIXEIRA; SOUZA, 2018, p. 248).

Para Salah Hassan Khaled Junior (2016):

> É preciso se acautelar contra devaneios autoritários. Não interessa se as aventuras são empreendidas em nome do 'bem' e da 'segurança': o que importa é o potencial que os argumentos em questão representam para vulnerar a democracia e os direitos fundamentais que são inerentes a ela.

Na mesma linha se encontra José Cirilo de Vargas (2002, p. 38), o qual entende que, "em oposição aos governos arbitrários, promoveu-se a passagem do Estado absoluto, onde a vontade do príncipe tinha força de lei, para o Estado de Direito, em que o comando pertence à vontade impessoal das regras jurídicas". A garantia da aplicação de uma lei criada dentro de um Estado de Direito exprime ideais democráticos os quais refletem a vontade de todos os cidadãos.

Desse modo, a Constituição vem a determinar o rol dos direitos fundamentais tutelados pelo Estado e de titularidade dos cidadãos. A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) possui extensas garantias fundamentais expressas no art. 5º e em todo o texto constitucional, possibilitando, dessa forma, uma grande utilização das liberdades pelo povo.

Sobre o caráter de universalidade dos direitos fundamentais e sua extensão para todos os seres humanos, Ferrajoli (2011a, v. 1, p. 686) diz que se trata de:

> [...] una universalidad relativa a los estatus en referencia alos que se predica, y es por esto más o menos extensa según cuál sea laextensión de las clases de sujetos que comprenda. En efecto, no todoslos derechos fundamentales corresponden a todos los seres humanos yno todos los seres humanos son titulares de los mismos derechos fundamentales.

Ressalta a importância de previsões garantistas de direitos fundamentais na constituição e o avanço histórico que podem ser observados na conquista de direitos como os direitos sociais e de liberdade em várias direções, seja nas relações públicas ou privadas, ou no plano internacional.

> [...] el garantismo constitucional [...] ha ido expandiéndose históricamente y aún puede seguir haciéndolo, a tenor de las concretas necesidades incorporadas en él como derechos fundamentales, avanzando en diversas direcciones: en la tutela tanto de los derechos sociales como de los derechos de libertad; frente a los poderes privados y frente a los poderes públicos; en el plano internacional y en el estatal (FERRAJOLI, 2006b, p. 42).

Portanto, uma redefinição da democracia constitucional como um sistema jurídico articulado deve ocorrer em duas dimensões: na dimensão *formal,* fundada no exercício da autonomia, tanto política quanto civil; e na dimensão *material* baseada na satisfação dos direitos sociais (FERRAJOLI, 2006b, p. 17-18).

Para Ferrajoli, o garantismo penal pode ser entendido em três acepções. Pela primeira, pode ser considerado um *modelo normativo* do direito, notadamente no que tange ao direito penal e ao respeito à legalidade. Pela segunda acepção, o garantismo designa uma *teoria jurídica* da validez, da vigência e da efetividade como categorias distintas entre si. Na terceira acepção, o garantismo designa uma *filosofia política* que impõe ao direito e ao estado uma carga de justificação externa, conforme aos bens e interesses cuja

tutela e garantia constituem a finalidade de ambos (FERRAJOLI, 2006a, p. 851-ss). Assim, apresenta, em sua teoria do garantismo penal, quais seriam as razões do Direito Penal, dividindo-as em três partes, quais sejam: como e quando punir, como e quando proibir e como e quando julgar (FERRAJOLI, 2002, p. 285). Por meio dessa divisão, explica como deve funcionar o sistema penal, introduzindo a aplicação dos axiomas do garantismo penal.

Quanto a "como e quando julgar", realiza uma análise sobre o garantismo processual e os valores da jurisdição (FERRAJOLI, 2002, p. 431-ss), como legalidade, verdade, validade e legitimidade da jurisdição (*nulla culpa sine judicio*). Passa ao estudo da presunção de inocência e da garantia de liberdade do imputado, discorrendo sobre a submissão da jurisdição a presunção de não culpabilidade do agente e sobre a ilegitimidade do encarceramento preventivo.

Sobre "quando julgar" (FERRAJOLI, 2002, p. 481-ss) trata do princípio acusatório (*nullo judicio sine accusatione*) e dos sistemas processuais, passando para a análise das garantias orgânicas do juiz e sua responsabilidade. Em "como julgar", traz as garantias procedimentais inerentes ao processo, tais como o ônus da prova para a acusação (*nulla accusatione sine probatione*) e do direito de defesa (*nulla probatio sine defesione*), encerrando com a necessidade de motivação das decisões judiciais. Na definição de Ferrajoli (2002, p. 684), o garantismo designa:

> [...] *um modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade", próprio do *Estado de Direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É consequentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

A teoria se encontra, portanto, entre um Direito Penal máximo e um abolicionismo. Nem um, nem outro, mas em um ponto entre eles. Poderia ser comparada a um Direito Penal mínimo, que veda excessos, mas pune violações. Pode-se pensar que o garantismo penal defende a impunidade e a

não aplicação de penas para os infratores da lei, porém essa não é a melhor interpretação.

> Existe uma profunda relação entre o atual modelo de Direito Penal mínimo e seu correspondente processo penal garantista. O primeiro é condicionado e limitado ao máximo, correspondendo não só ao máximo grau de tutela das liberdades dos indivíduos em relação ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Existe uma clara vinculação entre garantismo e racionalismo (LOPES JUNIOR, 1998).

A teoria do garantismo penal pauta-se pela defesa de direitos fundamentais, diferenciando-se isso de defender a impunidade. Nela se busca a proteção do indivíduo contra arbítrios do Estado, o que não significa a impunidade de quem tiver cometido um crime. É nessa linha que a teoria garantista se encontra, visando à aplicação da lei penal e processual de maneira correta, segundo as disposições legais, sem excessos ou insuficiência.

A obediência à lei é uma característica marcante no garantismo. É apenas ela que pode determinar a existência de um crime e de uma pena. Isso se deve à adesão de Ferrajoli ao positivismo que, conforme visto anteriormente, pauta-se pelo respeito à norma escrita, positivada em um documento, afastando-se de preceitos morais.

Entretanto, Ferrajoli, nesse ponto da avaliação de validade da norma, acaba aceitando uma ponderação valores, que vem a ser objeto de crítica por Ana Cláudia Bastos de Pinho (2011, p. 95-ss), devido ao critério a ser utilizado para a declaração da invalidez de uma norma. Para declarar a justiça ou injustiça material de uma lei, recorre-se a um critério valorativo que contrariaria os ideais de segurança jurídica. Assim,

> [...] por mais que se admita a preocupação da teoria do garantismo penal com a tutela dos direitos fundamentais, o problema [...] referente à aceitação da discricionariedade ameaça o conteúdo democrático da própria teoria. Em outras palavras, o resultado de uma decisão garantista pode, de fato, proteger os direitos individuais do imputado, porém, nem sempre, o

> caminho percorrido estará constante com os princípios democráticos. O fantasma da discricionariedade ou decisionismo e a artificialidade da teoria podem tirar o garantismo da trilha (PINHO, 2011, p. 147).

Dessa maneira, Ferrajoli acaba sendo criticado em um determinado aspecto de sua teoria pela possibilidade da adição de um elemento discricionário na avaliação do aspecto de validade da norma. Embora tenha a intenção de prestigiar os direitos fundamentais, acaba entendendo possível uma valoração pelo julgador no caso concreto. Não se adentrará nos aspectos hermenêuticos da decisão judicial e da possibilidade ou não do juízo de justiça material proposto por Ferrajoli. Defende-se aqui o prestígio que a teoria do garantismo penal dá à proteção dos direitos fundamentais.

3 PROCESSO PENAL E GARANTISMO: UMA RELAÇÃO NECESSÁRIA

Analisa-se o garantismo penal juntamente com o Processo Penal brasileiro, buscando-se uma interligação entre ambos, de forma a mostrar a importante relação que estes devem ter, caso se queira preservar direitos fundamentais. O garantismo penal, como uma teoria do direito, tem implicações das mais diversas; e, no campo do Processo Penal, sua influência se destaca, tendo em vista o grande número de direitos fundamentais envolvidos na relação processual.

Para Antonio Scarance Fernandes (2012, p. 23), a história do Processo Penal é marcada por movimentos pendulares, em que em certo momentos prevalecem ideias de segurança social e eficiência repressiva, e em outros pensamentos de proteção ao acusado. Essa dicotomia seria representada por um suposto confronto entre eficiência e garantismo no Processo Penal. Entretanto, na concepção atual, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo.

Procura-se analisar aqui os axiomas propostos por Ferrajoli, tendo em vista que cada um implica a observação de um princípio, seja penal ou processual. Os enunciados dos axiomas colocados têm base constitucional, servindo, dessa maneira, como de cumprimento obrigatório para os operadores do Direito, sejam eles legisladores ou julgadores.

Como princípios ou normas orientadoras do Processo Penal, podem-se destacar: o devido processo legal; o juiz natural; o direito ao silêncio e a não autoincriminação; o contraditório; a ampla defesa; a presunção de inocência;

a vedação da revisão *pro societate*; a inadmissibilidade das provas ilícitas; jurisdicionalidade; o princípio acusatório; a motivação das decisões judiciais.

Quanto aos axiomas garantistas, nem todos são estritamente processuais. Eles são divididos em três grandes grupos, sendo eles: Como e quando punir? *Nulla poena sine crimine* (retributividade ou causalidade); *Nulla crimen sine lege* (legalidade, anterioridade, taxatividade, intervenção mínima). Como e quando proibir? *Nulla lex poenalis sine necessitate* (necessidade ou economia); *Nulla necessitas sine injuria* (lesividade ou ofensividade); *Nulla injuria sine actione* (materialidade ou exterioridade da ação); *Nulla actio sine culpa* (culpabilidade). Como e quando julgar? *Nulla culpa sine judicio* (jurisdicionalidade); *Nullo judicio sine accusatione* (princípio acusatório); *Nulla accusatione sine probatione* (ônus da prova); *Nulla probatio sine defesione* (ampla defesa e contraditório) (FERRAJOLI, 2002. p. 74-75).

Todos os axiomas acima mencionados estão ligados diretamente a normas orientadoras penais ou processuais penais. Conforme se pode ver, há correspondência entre os axiomas processuais penais e os princípios previstos na CRFB, como: devido processo legal (art. 5º, LIV); presunção de inocência (art. 5º, LVII); motivação das decisões judiciais (art. 93, IX); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); direito ao silêncio e a não autoincriminação (art. 5°, LXIII); juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVII).

Em um apanhado geral, não pode haver pena sem crime; crime sem lei; lei sem necessidade; necessidade sem injúria; injúria sem ação; ação sem culpa; culpa sem juízo; juízo sem acusação; acusação sem prova; prova sem defesa. A parte processual, que será objeto de investigação, cuida mais especificamente de "como e quando julgar?", tendo em vista que é no Processo Penal que se mostrará a efetividade dos direitos fundamentais acima expostos.

Nessa linha, os axiomas se revelam como bases pelas quais deve ser erguido o Processo Penal. O primeiro axioma a ser trabalhado é o *Nulla culpa sine iudicio*, que implica respeito à jurisdicionalidade. Conforme leciona Aury Lopes Júnior (1998), a observância do disposto pelo axioma se dá não apenas como "necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei".

Nessa linha, a CRFB prevê a exigência do respeito ao juiz natural em seu artigo 5º, XXXVII e LIII, que dizem respectivamente: não haverá juízo ou tribunal de exceção e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. O princípio do juiz natural "constitui a

expressão mais alta dos princípios fundamentais da administração da justiça" (TOURINHO FILHO, 2012, v. 1, p. 65).

Estão inscritos no princípio do juiz natural os ideais de independência e imparcialidade, expressando o respeito à democracia, porque impossibilita que qualquer julgador decida a causa de forma excepcional. Assim, juízes não poderão ser nomeados para causas. Isso garante que o processo ocorra de modo democrático, evitando vício ou má intenção de quem receberá o poder de julgar.

A explicação se dá pela necessidade de controlar o poder exercido pela jurisdição, de forma a evitar corrupção e surpresas durante o julgamento. Sabe-se que nomear um juiz posteriormente para a causa pode gerar parcialidade, de modo que isso afetará os direitos fundamentais dos envolvidos no processo. A escolha de um juiz posterior a causa é antidemocrática.

A razão da exigência do juiz natural, conforme Eugênio Pacelli Oliveira (2014, p. 37-38), baseia-se na "configuração do nosso modelo constitucional republicano, em que as funções do Poder Público e, particularmente, do Judiciário, têm distribuição extensa e minudente". Dele decorrem a vedação de tribunais de exceção e que a definição de competência do julgador seja definida anteriormente à prática do fato, implica que os poderes do Judiciário sejam definidos constitucionalmente.

Para José Frederico Marques (2007, p. 283) "a descoberta da verdade, que é a *causa finalis* da instrução processual, está sujeita a limites e restrições no desenvolvimento da atividade processual". Ainda, assevera que o axioma "*Nulla culpa sine iudicio*":

> [...] está ligado em primeiro lugar, ao princípio de reserva legal expresso na regra de que não há crime nem pena sem lei prévia. Ao legislador cumpre definir os fatos delituosos e as regras sancionadoras de natureza penal, para que uma conduta possa ser considerada penalmente ilícita e, por isso, sujeita a pena. Todavia, limitada está a atividade legislativo-penal, porque a regra do *nulla poena sine judicio* impede a promulgação de leis particulares, que, sob a forma de norma-sentenças, imponham, desde logo, uma pena a determinada pessoa ou grupo de pessoas (MARQUES, 2007, p. 154-155).

Conforme Patricia Stucchi Bento (2013, p. 32), o garantismo penal procura "disciplinar a jurisdição de natureza instrumental e tem na

jurisdicionariedade a submissão da declaração de culpa ao âmbito do devido processo legal, ratificada pelo axioma *nulla culpa sine iudicio*. Aury Lopes Junior (1998) ainda coloca como base garantista ao Processo Penal a inderrogabilidade do juízo, apontando para o "sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição".

O axioma *Nullo judicio sine accusatione* consagra o princípio acusatório no Processo Penal, entendendo como inexistente o julgamento sem acusação. O sistema acusatório decorre da Constituição. "O modelo acusatório de persecução penal, opondo-se ao inquisitivo, sinaliza uma abertura para a democratização do processo penal, oportunizando, certamente, não só a fala das partes, mas análise do conteúdo dessa fala em espaço público e democrático" (SILVA, 2010, p. 81). Para Aury Lopes Junior (2016, p. 90):

> [...] nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da "lei", mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório.

Várias disposições compõem o princípio acusatório. Nesse sentido, o artigo 129, I, da CRFB diz que são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Além disso, formam o sistema acusatório o devido processo legal, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa e a exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais.

Cumpre relembrar que, para Ferrajoli, as normas precisam possuir vigência e validade, devendo essa última ser aferida pela consonância normativa com a Constituição. E, em caso de contraste, a lei que estiver em dissonância com a norma maior deverá ser considerada inconstitucional.

> O problema situa-se [...] em verificar a falta de conformidade entre a sistemática prevista no Código de Processo Penal de 1941 e aquela da Constituição, levando a que afirmemos, desde já, que todos os dispositivos do CPP que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais e devem ser rechaçados (LOPES JUNIOR, 2016, p. 90).

O ponto aqui é o sistema processual penal funcionar de modo acusatório. Ou seja, a jurisdição deve ser inerte, não podendo tomar qualquer iniciativa, seja para instaurar algum tipo de procedimento ou para dar início a alguma providência. A figura do julgador distingue-se da das partes, estando fora daquilo que a elas é incumbido. A prova do fato é inteiramente do órgão acusador, sendo dele o ônus de provar as alegações procedidas.

Aqui entra a presunção de inocência. O acusado não tem que provar sua inocência. Se não provada a culpabilidade, a regra deve ser a absolvição. É dessa maneira que o sistema acusatório funciona. A parte incumbida de acusar levará ao juízo suas pretensões, que posteriormente serão estendidas a defesa para conhecimento e manifestação.

Nesse momento, vale o contraditório e a ampla defesa. O pronunciamento judicial só virá após a manifestação de ambas as partes e como forma de julgamento e não de instrução. Tal se deve pelo fato de que se o juiz tomar cabo de acusar e julgar estaria se voltando ao modelo inquisitório, que foi há muito tempo superado e deixado de lado, tendo em vista sua completa impropriedade.

Eugênio Pacelli Oliveira (2014, p. 11) entende que "não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição". A cognição do julgador deve sobre as provas deve ser reservada para o momento do pronunciamento judicial, como, por exemplo, na sentença, cuja função é de exercício puramente jurisdicional.

Nessa linha, "a gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade" (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 90). A trato com a gestão da prova irá determinar o tipo de processo que se segue, pois, se a gestão estiver nas mãos do juiz, o processo será inquisitório, e se estiver nas mãos das partes, será acusatório. Com base nesse raciocínio, conclui Aury Lopes Junior (2016, p. 90) pela inconstitucionalidade de múltiplos dispositivos do Código de Processo Penal (CPP), quais sejam os artigos 5º, 127, 156, 209, 234, 311, 383, 385, porque violam o sistema acusatório e as disposições estabelecidas pela Constituição.

Seguido pelo axioma do princípio acusatório, está o do ônus da prova (*Nulla accusatione sine probatione*), que é intimamente ligado à presunção de inocência. Nesse sentido, só será considerado culpado aquele que tiver sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII). Para que esteja consolidada a culpa, é imperioso que exista prova cabalmente demonstrada em face do acusado, cabendo ao titular da ação penal, com fundamento no sistema acusatório, o ônus de provar a culpa, e com isso retirar a presunção de inocência.

> A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença (LOPES JUNIOR, 1998).

Somente uma acusação baseada por uma prova pode afastar a inocência daquele que sofre a persecução penal. Patricia Stucchi Bento (2013, p. 30) entende que "o princípio do ônus da prova no processo penal tem forte influência garantista na medida em que reconhece o acusado como inocente até que transite em julgado a acusação imputada contra ele". Desse modo, preserva-se a inviolabilidade daquele que está sendo acusado em um Processo Penal. Como explanado acima, a democracia deve preservar minorias das maiorias.

Aos acusados em um Processo Penal deve ser estendida uma proteção contra possíveis ingerências do Estado. Assim, com fundamento no sistema acusatório e na presunção de inocência, na alegação da culpa, a prova deverá ser confirmada pelo titular da ação penal, que na maioria dos casos é o Ministério Público. Deve-se falar também da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Gustavo Badaró (2012, p. 284) considera provas ilícitas aquelas colhidas "com infringência de normas ou princípios previstos na Constituição para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade", conforme disposição do artigo 5º, LVI. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 128) entendem que:

> [...] é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocar limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

A presunção de inocência é disposição tão importante que está prevista pela Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que diz: "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Nereu Giacomolli (2014, p. 94) considera o "estado de inocência" como "um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal. Este, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana". Ressalta-se, assim, o caráter imprescindível de respeito a inocência do acusado enquanto não provada sua culpabilidade.

O axioma *Nulla probatio sine defesione* significa que a prova será nula se não houver participação efetiva da defesa. Aqui devem ser inseridos e analisados em conjunto o contraditório e a ampla defesa, ambos previstos pela CRFB em seu artigo 5º, LV. "O contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo" (LOPES JUNIOR, 2016, p. 370). O contraditório expressa a democratização do processo, em que ambas as partes atuam em igualdade de forças, privilegiando a construção dialética da sentença.

Ressaltando a importância do contraditório no Processo Penal, Eugênio Pacelli considera-o como um requisito de validade. Assim, "o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta" (OLIVEIRA, 2014, p. 43). Continua, dizendo que "o contraditório [...] junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal" (OLIVEIRA, 2014, p. 44). Destarte, o Processo Penal tem como sustentáculo a observância do contraditório, sem o qual não pode existir.

Na lição de Tourinho Filho (2012, v. 1, p. 73), "tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *auditur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida". Assim, a defesa não pode sofrer restrições indevidas, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Depreende-se, então, que o conhecimento do processo pela defesa, por meio do contraditório, constitui-se como fundamental. Para o garantismo, não existe processo sem defesa. A possibilidade de tomar conhecimento e contradizer a parte contrária constitui elemento fundamental do Processo Penal. Na concepção de José Laurindo de Souza Netto (2003, p. 123), "o conteúdo do princípio vem revelado por elementos que garantem a realização do direito de ser ouvido para o acusado, e do dever de ouvir a acusação e a defesa, por parte do juiz".

Juntamente com o contraditório está a ampla defesa, que se estabelece como a possibilidade de além do conhecimento processual, a capacidade de influir nele por todos os meios legais disponíveis.

> [...] defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 75).

Segundo Eugênio Pacelli Oliveira (2014, p. 47), "pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado". Desse modo, contraditório e ampla defesa devem ser analisados em conjunto, entendidos como possibilidade de contradizer o poder estatal materializado pela acusação no Processo Penal. Assim, para que o processo possa viabilizar um espaço de manifestação da cidadania e seja realmente democrático, deve ocorrer a participação simétrica das partes na construção do provimento jurisdicional (PRESOTI; SANTIAGO NETO, 2013, p. 301).

Cabe, por fim, mencionar a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. A sentença deve ser fundamentada sob pena de nulidade, consoante o art. 93, IX, da CRFB. Tal ocorre para que se manifeste como o julgador chegou a determinada decisão, de modo que se não houvesse a motivação das decisões não seria possível controlar o exercício do poder estatal contido no provimento jurisdicional.

A fundamentação das decisões dos órgãos judiciais é exigência democrática e tem por objetivo a fiscalização do exercício do poder pelos juízes. Para Aury Lopes Junior (1998), "só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder". Assim também dispõe o CPP, em seu art. 315, ao tratar sobre o tema das prisões preventivas, determina que as decisões que as decretarem devem ser fundamentadas, apontando condições para que se verifique quando não será considerada fundamentada uma decisão, semelhante ao disposto pelo Código de Processo Civil (CPC), o qual, de certa maneira, influenciou a codificação processual penal (FEDATO, 2019, p. 96).

> De forma sintética, pode-se dizer que o juízo penal como ademais toda atividade judicial é um "saber-poder", quer dizer, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*). Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder tanto menor será o saber, e vice-versa. No modelo ideal da jurisdição, tal como foi concebido por Montesquieu, o poder é 'nulo' (FERRAJOLI, 2015, p. 39).

Para Ferrajoli (2015, p. 232), a manifestação judicial se baseia em um saber (*veritas*) e um poder (*auctoritas*). "En una palabra, puede decirse que el juicio jurisdicional es siempre um saber-poder: más exactamente, jurisdicción; o sea, enunciación de lo que el derecho ordena". Depreende-se que o poder não pode sobrepor-se ao saber e culminar em uma extrapolação no exercício dos poderes. É necessário haver um meio termo em que o saber e o poder estejam balizados de forma que a decisão judicial possa manifestar-se de maneira garantista.

3.1 VIOLAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Quanto à violação de direitos fundamentais no Processo Penal pátrio, cabe aqui exemplificar algumas situações em que pode observar-se o não cumprimento de garantias fundamentais, destoando-se do modelo garantista. O primeiro deles trata da vedação legal à liberdade provisória prevista pelo art. 44 da Lei de Drogas[1] (Lei nº 11.343/2006). Mesmo positivada e elaborada dentro da vigência da CRFB, a disposição se mostra contra a presunção de inocência[2]. Não se sustenta a privação da liberdade antes de sentença condenatória transitada em julgado sem que estejam presentes os requisitos previstos para a privação cautelar da liberdade. Dessa forma, "não pode, portanto, a lei, na sua feição abstrata e genérica, ter, por si própria, o condão de criar restrições absolutas à liberdade de locomoção antes da condenação passada em julgado" (SILVA; CALDAS NETO, 2006, p. 69). Nesse sentido foi a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que

[1] Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos (BRASIL, 2006).

[2] Art. 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

entendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo no HC 104.339/SP (BRASIL, STF, 2012).

Entendeu o STF que a vedação da liberdade provisória de forma apriorística e genérica se caracteriza como antecipação de pena, contrariando diversos dispositivos constitucionais. Quanto a essa disposição, pode-se verificar contrariedade aos axiomas de relacionados à jurisdicionaridade (*Nulla culpa sine judicio*), necessidade (*Nulla lex poenalis sine necessitate*) e lesividade (*Nulla necessitas sine injuria*). Desse modo, a proibição da liberdade provisória deve se dar em juízo, analisadas as questões referentes à ofensividade da conduta e à necessidade da medida.

Sobre o direito de ampla defesa do acusado (artigo 5º, LV), há entendimento de que o direito de defesa poderia ter algum dispositivo contra o exercício do abuso das garantias processuais penais, dando primazia aos princípios da efetividade, da simplicidade, do devido processo legal, da duração razoável do processo e da razoabilidade. Todavia, é facultado ao acusado o direito à defesa processual e o prolongamento da relação processual no cumprimento das garantias consiste na dilação legítima do julgamento da causa (ALVES, 2007, p. 97). O sistema processual penal permite o exercício da ampla defesa como garantia constitucional, sendo vedada a atuação processual que contrariar a lei, a moral e os bons costumes. Privilegia-se aqui o princípio da ampla defesa e do contraditório (*nulla probatio sine defesione*), ainda que alongue a duração do processo.

Merece atenção também a previsão do art. 385 do CPP[3], que permite ao magistrado, independente do pedido de absolvição do Ministério Público, proferir sentença condenatória. Tal dispositivo é comumente utilizado junto com o argumento do livre convencimento motivado dado aos juízes para suas decisões e que muitas vezes carece de fundamentação concreta, sendo apenas citado, mas não demonstrado. Nesse sentido, Ana Claudia Bastos de Pinho (2011, p. 29), observando as relações entre o garantismo e o Processo Penal brasileiro, aponta o seguinte: "se o Ministério Público reconhece a inviabilidade da pretensão acusatória, o que legitima o juiz para condenar?". Em sendo o Ministério Público o titular da ação penal, o responsável pela persecução penal, não se poderia conceber que o juiz, em contrariedade a manifestação do *parquet*, se colocasse a frente do processo e optasse pela condenação.

Aludir tão somente ao livre convencimento motivado, servindo este como um argumento genérico para sustentar a decisão pela condenação em

[3] Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada (BRASIL, 1941).

contraponto à posição do *parquet*, também não se mostra adequado e democrático. Violam-se aqui os axiomas ligados ao sistema acusatório (*Nullo judicio sine accusatione*) e à motivação das decisões judiciais (*Nulla culpa sine judicio*).

Seguindo com relação à fundamentação das decisões judiciais, pode-se discorrer sobre as prisões preventivas e a sua justificação baseada na garantia da ordem pública (art. 312, CPP), mais especificamente, em argumentos como clamor social, acautelamento social, credibilidade das instituições, dentre outros termos genéricos e abstratos. A prevenção da sociedade colocada dessa maneira afasta a aplicação correta do garantismo (GONZÁLEZ TAPIA, 2018, p. 141). Motivar a prisão preventiva, que ocorre antes do trânsito em julgado, com base nesses fundamentos vai contra a presunção de inocência e o dever de motivação das decisões judiciais. Sobre esse ponto, Ferrajoli (2002, p. 450) leciona que:

> Um argumento no qual se baseiam muitos defensores da prisão preventiva é o clamor social originado pela ideia de que um delinquente ainda não julgado não seja punido imediatamente. Pode ocorrer que nisso haja algo de verdade: uma parte da opinião pública seguramente associa finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva. Mas essa ideia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas.

Entende Ferrajoli (2000, p. 104) que a função do Processo Penal não serve para proteção da maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aquele acusado ainda não declarado culpado. "De hecho, *peligrosidad* e *sospecha* son, por su naturaliza, incompatibles com las exigencias de la estricta legalidade [...] dejan espacio a medidas em blanco basadas em valoraciones tan opinables como incontrolabes". Nesse sentido, a fundamentação da prisão preventiva deve se valer de termos concretos e que demonstrem motivadamente a sua necessidade e adequação (art. 282, CPP).

Consoante a mudança promovida pela Lei nº 13.964/2019 no art. 312 do CPP, passa-se a demandar do julgador a demonstração do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Ainda, pela nova disposição, a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

No que se refere à condução coercitiva, diz o art. 260 do CPP que "se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença". Tal disposição não se adequa à CRFB por ofender o direito ao silencio e a não incriminação[4] e à liberdade de locomoção. Foi o que entendeu o STF em decisão do ministro Gilmar Mendes: "a condução coercitiva no curso da ação penal tornou-se obsoleta. A partir da Constituição de 1.988, foi consagrado o direito do réu de deixar de responder às perguntas, sem ser prejudicado – direito ao silêncio" (BRASIL, STF, 2017). Ainda, não deve a condução coercitiva ser entendida como um *minus* com relação à decretação da prisão preventiva.

Ausentes os requisitos desta, não se torna possível a condução coercitiva do acusado, o qual tem o direito de se manter em silêncio e de não ser obrigado a depor. Se há risco para a persecução penal, dentro dos requisitos da prisão preventiva, então é esta que deverá ser decretada. A condução coercitiva então se mostra como inadequada diante do atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro, violando o direito ao silêncio e a não autoincriminação e a liberdade de locomoção do acusado.

Dessa maneira, vai contra o pressuposto pela presunção de inocência, contrariando os axiomas de como e quando proibir, relacionados à necessidade (*Nulla lex poenalis sine necessitate*) ofensividade (*Nulla necessitas sine injuria*), exterioridade (*Nulla injuria sine actione*) e culpabilidade (*Nulla actio sine culpa*), além da impossibilidade de ampla defesa (*Nulla probatio sine defesione*) que foi dada pela iminência da medida e da constante inobservância do dever de motivação (*Nulla culpa sine judicio*).

4 CONCLUSÃO

O trabalho buscou analisar a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. O estudo de sua teoria se mostra importante para a compreensão das relações entre poder, democracia e direitos fundamentais. Com notável propósito de proteção de direitos fundamentais, a teoria do garantismo penal

[4] Art. 5º, LXIII: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado" (BRASIL, 1988).

defende a limitação do poder estatal e a promoção da democracia. Nessa linha, compreende-se que, no Estado Democrático de Direito, as relações sociais entre as pessoas devem se dar de forma a respeitar as vontades da maioria e da minoria, servindo os direitos fundamentais para impor limites a uma possível ingerência no abuso do poder.

Dessa forma, o garantismo penal não possui caráter abolicionista, não defende a impunidade ou que não existam penas. Exige que sejam respeitados os direitos fundamentais estabelecidos na CRFB, tanto em matéria penal quanto processual penal. Também não pode ser considerado como vertente do Direito Penal máximo, estando entre este e o abolicionismo, como um Direito Penal mínimo, não além do necessário (*nulla lex poenalis sine necessitate*).

Com base nos axiomas trazidos pela teoria garantista, foi realizada uma análise desses em conjunto com o Processo Penal brasileiro e com as disposições constitucionais referentes à matéria. No que se refere ao Processo Penal, o estudo foca na terceira divisão dos axiomas, qual seja "Como e quando julgar?" E se especifica em princípios, como: jurisdicionalidade (*nulla culpa sine judicio*; princípio acusatório (*nullo judicio sine accusatione*); ônus probatório (*nulla accusatione sine probatione*) e via de consequência presunção de inocência; princípio da ampla defesa e do contraditório (*nulla probatio sine defesione*). Ainda, mencionou-se, ao final do trabalho, a possibilidade de ser incluída a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, que decorreria da divisão de "Como e quando julgar?".

Entende-se a vedação à liberdade provisória prevista pelo art. 44 da Lei de Drogas (Lei nº11.343/2006), mesmo positivada e elaborada dentro da vigência da CRFB, mostra-se contra a presunção de inocência. Não se sustenta a privação da liberdade antes de sentença condenatória transitada em julgado sem que estejam presentes os requisitos previstos para a privação cautelar da liberdade. Quanto ao art. 385, em sendo o Ministério Público o titular da ação penal e optando esse pela absolvição, não se poderia conceber que o juiz, em contrariedade a manifestação do *parquet*, se colocasse à frente do processo e optasse pela condenação. Sobre a fundamentação da prisão preventiva, esta deve se valer de termos concretos e que demonstrem motivadamente a sua necessidade e adequação (art. 282, CPP).

Argumentos como clamor social, acautelamento social, credibilidade das instituições, dentre outros termos genéricos e abstratos não devem ser utilizados. A condução coercitiva então se mostra como inadequada diante do atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro, violando o direito ao silêncio e a não autoincriminação e a liberdade de locomoção do acusado. Se há risco para a persecução penal, dentro dos requisitos da prisão preventiva, então é esta que deverá ser decretada.

Para Ferrajoli, a manifestação judicial se baseia em um saber (*veritas*) e um poder (*auctoritas*). Entende-se que o poder não pode sobrepor-se ao saber. É necessário haver um meio termo, em que o saber e o poder estejam balizados, de forma a que a decisão judicial possa manifestar-se de maneira garantista. Nesse sentido, conclui-se que a teoria do garantismo penal é extremamente importante e que esta deve ser utilizada dentro do Processo Penal brasileiro, pois expressa ideais democráticos e de proteção aos direitos fundamentais, servindo como maneira de conter a abusividade no uso do poder estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos.

Conclui-se que o Processo Penal brasileiro ainda precisa se adequar para alcançar de maneira plena os axiomas garantistas trazidos por Ferrajoli e, com isso, preservar os direitos fundamentais inscritos na CRFB. Criado sob uma égide autoritária, o CPP vem sofrendo várias reformas na tentativa de melhor adaptá-lo às exigências democráticas do sistema acusatório. A teoria do garantismo penal lança uma luz que deve guiar o Processo Penal brasileiro rumo a um sistema processual penal democrático.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O abuso da garantia de defesa no processo penal: a renovação da defesa penal protelatória. **Revista Direito e Liberdade,** Mossoró, v. 7, n. 3, p. 83-100, jul./dez. 2007. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/79/71. Acesso em: 7 nov. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BENTO, Patricia Stucchi. **O garantismo como vetor humanista ao processo penal.** Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da PUC/SP, São Paulo, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília: Senado, 1941.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e

dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **HC 104.339/SP.** Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, Distrito Federal. Data de Julgamento: 10/05/2012. Data de Publicação: 06/12/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 444.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. Distrito Federal. Data de Julgamento: 18/12/2017.

FEDATO, Matheus Arcangelo. **Para uma teoria da argumentação jurídica adequada às prisões cautelares:** direito, linguagem e decisão. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2006a.

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

FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo.** Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo:** debate sobre el derecho y la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2006b.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris, v. 1:** teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011a.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris, v. 2:** teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011b.

GIOCOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. Peligrosidad de la conducta y del autor en el derecho penal actual: implicaciones político-criminales y dogmáticas. **Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS),** n. 13, p. 139-157, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. **Boletim IBCCRIM**, n. 281, abr. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **O fundamento da existência do processo penal:** instrumentalidade garantista. 1998. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10657-10657-1-PB.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal, v. 1.** São Paulo: Millenium, 2007.

MORENO CRUZ, Rodolfo. El modelo garantista de Luigi Ferrajoli: lineamientos generales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado,** nueva serie, año XL, n. 120, sep./dic. 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos.** 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 7 mar. 2018.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo:** uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Belém: UFPA/Instituto de Ciências Jurídicas, 2011.

PRESOTI, Fábio Passos; SANTIAGO NETO, José de Assis. O processo penal constitucional e o devido processo legal como garantia democrática. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais,** v. 14, n. 2, 2013. Disponível em: http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/view/401 Acesso em: 17 mar. 2018.

SILVA, Antônia Claudiene da; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. A impossibilidade de vedação legislativa absoluta a liberdade provisória: uma construção do processo penal constitucional. **Revista Direito e Liberdade,** Mossoró, v. 3, n. 2, p. 59-78, set. 2006.

SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e do devido processo legal.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal:** sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

STURZA, Janaína Machado; MACIEL, Renata. Democracia, cidadania e direitos humanos: a conjuntura atual do estado democrático de direitos. **Argumenta Journal Law,** Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/642. Acesso em: 17 mar. 2018.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues; SOUZA, Arlen José Silva de. A epistemiologia do garantismo penal e sua validade teórica: uma discussão sobre a crise da violência. **Cadernos de dereito actual,** n. 8, p. 231-256, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal, v. 1.** 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VARGAS, José Cirilo de. **Direitos e garantias individuais no processo penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Recebido: 12/11/2018.
Aprovado: 26/05/2020.

Matheus Arcangelo Fedato
Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
Advogado.
Email: matheus.fedato@outlook.com.

Valter Foleto Santin
Pós-doutor pelo Ius Gentium Conimbrigae (Coimbra, Portugal).
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).
Professor dos programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
Líder do grupo de pesquisas Políticas Públicas e Direitos Sociais.
Procurador de Justiça em São Paulo.
Email: santin@uenp.edu.br.