



**FACULDADE DE INHUMAS  
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS**

**CURSO DE DIREITO**

**RENAN FELICIANO DE OLIVEIRA**

**OS DESAFIOS DO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO À LUZ DO  
GARANTISMO PENAL INTEGRAL**

**INHUMAS - GO  
2020**

**RENAN FELICIANO DE OLIVEIRA**

**OS DESAFIOS DO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO À LUZ DO  
GARANTISMO PENAL INTEGRAL**

Monografia apresentada ao Curso Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Professor orientador:** Esp. Thiago Ferreira.

**INHUMAS - GO  
2020**

**RENAN FELICIANO DE OLIVEIRA**

**OS DESAFIOS DO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO À LUZ DO  
GARANTISMO PENAL INTEGRAL**

**AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO ALUNO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS)  
como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Inhumas, 08 de maio de 2020.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Esp. Thiago Ferreira – FacMais  
(Orientador e presidente)

---

Prof. MS. Marcos Antônio do Carmo Júnior – FacMais  
(Membro)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**BIBLIOTECA FACMAIS**

O48d

OLIVEIRA, Renan Feliciano de.

Os desafios do processo penal contemporâneo à luz do garantismo penal integral/ Renan Feliciano de Oliveira. – Inhumas: FacMais, 2020.  
50 f.: il.

Orientador: Thiago Ferreira.

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de Inhumas - FacMais, 2020.  
Inclui bibliografia.

1. Garantismo penal. I. Título.

CDU: 34

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>5</b>
<b>1. GARANTISMO PENAL: ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA</b>	<b>5</b>
<b>2. OS CAMINHOS DO PROCESSO PENAL NO BRASIL</b>	<b>10</b>
2.1 GARANTISMO PENAL INTEGRAL À LUZ DAS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL TRAZIDAS PELA LEI 13964/19	12
2.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	13
<b>3. A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL</b>	<b>20</b>
<b>4. LAXISMO PENAL NO PROCESSO PENAL GARANTISTA MONOCULAR HIPERBÓLICO</b>	<b>22</b>
<b>5. MINISTÉRIO PÚBLICO: ÓRGÃO ACUSADOR OU INSTITUIÇÃO GARANTIA?</b>	<b>28</b>
5.1 ATUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	28
5.2 MINISTÉRIO PÚBLICO DE DEFESA	29
5.3 MINISTÉRIO PÚBLICO E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
<b>6. NULIDADES NO PROCESSO PENAL</b>	<b>31</b>
6.1 GARANTISMO E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS	31
6.2 GARANTISMO E PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	32
<b>7. OBRIGATORIEDADE MITIGADA DA AÇÃO PENAL</b>	<b>34</b>
7.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA	34
<b>8. AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL</b>	<b>35</b>
8.1. AS GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS	36
8.2. ÉTICA, DIREITO E GARANTISMO PENAL INTEGRAL	39
8.3 FALÁCIA POLÍTICA E FALÁCIA GARANTISTA	42
<b>9. LEGALIDADE E SUBMISSÃO À JURISDIÇÃO. GARANTIAS PROCESSUAIS E GARANTIAS PENAIS</b>	<b>44</b>
<b>10. GARANTISMO PENAL INTEGRAL E TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>45</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>50</b>

## INTRODUÇÃO

O modelo penal garantista, esculpido em nossa atual carta política como um parâmetro de “justiça” e de legitimidade dá intervenção punitiva, é, na prática, largamente vilipendiado: seja ao se considerar a legislação penal infraconstitucional, seja ao se considerar a jurisdição.

Esta divergência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores corre o risco torná-la uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto.

A orientação que vem sob o nome de "garantismo", nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultado e alimentando, quase sempre em nome da defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático.

## **1. GARANTISMO PENAL: ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Inicialmente, tem-se que o termo garantismo nos remete à figura de Francesco Mario Pagano, jurista que viveu na Itália no século XVIII, que considerava que o garantismo seria uma doutrina voltada à limitação da discricionariedade do poder do Estado. Lado outro, ainda, podemos ser remetidos ao século XX, momento em que sua incorporação no universo jurídico é, com efeito, sinalizada pelo professor Luigi Ferrajoli, conceituando que garantismo é um novo instituto no léxico jurídico. Foi introduzida na Itália, nos anos 70, no âmbito do direito penal. Todavia, acreditava o eminente jurista que poderia ser estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o garantismo é sinônimo de Estado Constitucional de Direito.

Da palavra "garantismo" é, então, possível distinguir três significados diversos, segundo os ensinamentos do professor Luigi Ferrajoli, conexos entre si, podendo ser estendidos ao nosso ordenamento jurídico como um todo.

Um primeiro significado, relaciona-se a um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo estatal. Sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima liberdade.

Já sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Neste ínterim, convém destacar que o que se extraí dos ensinamentos do professor supracitado sobre o tema é que garantismo penal está umbilicalmente atrelado a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, não apenas ao cidadão dentro de uma persecução penal, conforme se observa nos dias atuais.

Ademais, por se tratar de um modelo limitador, dever-se-á, por outro lado, observar que uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos inerentes ao garantismo e não passar de um pedaço de papel, conforme os ensinamentos de Ferdinand Lassalle, caso haja defeitos de técnicas de garantias que propiciem a aplicação unidirecional hiperbólica dessa limitação garantista.

Adiante, em um segundo viés, "garantismo" designa uma teoria da validade e da efetividade como categorias distintas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" do direito. Desta maneira, põe-se em questão, a atual divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos tidos por garantista monocular hiperbólico e os modelos eficientista – garantismo integral.

Antes de mais, convém destacar que a expressão garantismo penal monocular hiperbólico é trazida e brilhantemente explicada pelo também professor Douglas Fischer (Garantismo Integral, 2016, p. 67), como sendo uma visão distorcida e exacerbada do garantismo pregado por Ferrajoli.

Neste momento, chega-se a denominada teoria da divergência entre normatividade e realidade, sendo esta relacionada a eficiência do processo penal como mecanismo de implementação de política criminal. Direito válido e direito efetivo. Apenas o reconhecimento da divergência já nos aproxima a um avanço, porque ligada à estrutura deontica das normas, fazendo com que normatividade e efetividade possa ser alcançada através da visão preservadora dos direitos fundamentais da sociedade esculpida no garantismo integral.

Uma teoria garantista do direito penal que ao mesmo tempo pudesse ser normativa e realista, isto é, estar na mesma carriola do ordenamento jurídico o funcionamento efetivo deste e a preservação do modelo normativo, seria, então, o que se convencionou dizer de garantismo integral.

Sob ambos os aspectos, eficiência e normatividade, o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta, seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo.

Ela é, de outra parte, incomum na ciência e na prática jurídica, em que um equivocado positivismo confirma frequentemente comportamentos dogmáticos acríticos e contemplativos no que diz respeito do direito positivo, e sugere ao jurista a tarefa de cobrir-lhe ou fazer-lhe enquadrar as antinomias, mais que explicitá-las e denunciá-las. Note-se que em momento algum o que se prega na visão integral é a prevalência de um modelo em detrimento do outro, e, sim, em



dar efetividade ao normatizado na defesa dos direitos fundamentais de toda a sociedade.

Em contraste com esse pensamento acerca do garantismo trazido no viés integral, que observa como edificação dos sistemas jurídicos existentes a adequação do ordenamento com a eficiência, está o garantismo monocular, lastreado nas suas representações normativas distantes da realidade, e com a confiança a priori duvidosa da ciência jurídica na resolução dos problemas no convívio social.

Coerência entre normatividade e efetividade, a perspectiva integral do garantismo requer, ao contrário, a busca pela segurança, isto é, confiança e expectativa de que o Estado através da ciência jurídica será hábil a promover eficientemente a jurisdição.

Por derradeiro, e não menos significativo, extrai-se dos ensinamentos de Ferrajoli um terceiro significado ao termo garantismo, sendo este designado pela *filosofia política*, que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, que, indubitavelmente deve ser criticada posto que este sem aquele é deveras insuficiente para regular as relações humanas em sociedade. Entre validade e justiça, e, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o "ser" e o "dever ser do direito.

Neste momento, percebemos estar próximos do pensamento iluminista e da "ciência da legislação". É comum, a toda perspectiva, seja ela reformadora ou revolucionária, que a assunção de um ponto de vista externo ou político não encoberto sobre aquele interno ou jurídico forma o pressuposto de toda a doutrina democrática dos poderes do Estado, e não só dos ordenamentos jurídicos penais.

Importante é ressaltar que, o ordenamento jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

Diante disto, o modelo normativista, entenda-se o garantismo em sua visão monocular é deveras ineficiente para se concretizar estas situações em que a atuação estatal, por intermédio do processo penal, e restrinjo-me a esta seara, é de primordial importância para que se regule os problemas existentes nas sociedades.

Destrate, os três significados de "garantismo", que servem como noções propedêuticas no presente trabalho, os quais foram escavados nas lições do supramencionado jurista e professor Ferrajoli, convém dizer, na conotação exclusivamente penal, possuem um alcance teórico e filosófico geral que delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo, quer dizer, o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; e, conforme adiante veremos, a autonomia e a legitimidade das instituições vigentes, na busca da consecução dos fins a que se destinam o processo penal no Brasil.

As divergências ou antinomias narradas na teoria geral do garantismo, ou seja, separação entre direito e moral, entre ser e dever ser e entre a visão externa ou político-filosófica do direito e a visão interna ou jurídica, serão enfrentadas ao longo desta labuta. Reiteramos que esta separação, elaborada nas origens do Estado de direito do pensamento iluminista, será tomada como tema, em todo o seu alcance, isto é, epistemológico, filosófico e político, como objeto privilegiado de investigação nos campos da análise meta-jurídica da relação entre direito e valores ético-políticos externos e a no campo jurídico, através da relação entre princípios constitucionais e leis ordinárias e entre leis e as suas aplicações.

## 2. OS CAMINHOS DO PROCESSO PENAL NO BRASIL

No Brasil, o processo penal pode ser conceituado como sendo um conjunto de atos levado a termo pelo Estado, que, diante do nascimento de uma infração penal, é o caminho idóneo para que este mesmo Estado possa aplicar uma sanção, isto é, levar a cabo a satisfação do jus puniendi ao indivíduo violador das normas postas a todos. Para além desta definição, tem-se que pode ser, o processo penal, compreendido como um importante instrumento de implementação de política criminal.

Neste diapasão, faz-se mister trazer à baila, após superado as noções iniciais do que seja a visão externa de processo penal, visto que a interna se atem a questões mais técnicas, elencar toda a “procissão” prevista no modelo normativo e, ao mesmo passo, evidenciar a sua distância por vezes da realidade ou do modelo eficientista.

É de suma importância que, antes mesmo de iniciarmos nossas perorações acerca do tema, iniciemos com a ideia de que a justiça tardia pode criar injustiças tamanhas que nem mesmo a mente do mais perverso criminoso seria capaz.

Em outubro de 1941, sob a égide da quarta Constituição do Brasil, terceira no período republicano, foi-se instituído o Decreto Lei 3689, que passaria, a partir de então, ser denominado por Código de Processo Penal brasileiro. Antes, porém, o processo penal em nosso país já havia sido regulamentado, desde as Ordenações portuguesas. Contudo, é apenas em 1832 que o primeiro Código de Processo Criminal de Primeira Instância se constitui, após a determinação da Constituição de 1824. A legislação de 1832 dava, então, maior autonomia aos municípios e concentrava o poder na figura do juiz de paz que era eleito nas localidades e que contava, para auxiliá-lo, com um escrivão, inspetores de quarteirões e oficiais de justiça, tudo isto criado durante o período do primeiro reinado.

Desde então, muito se modificou na sociedade brasileira. Em 1934, uma nova constituição modificava a concentração dos poderes de um país que, desde 1889, tornara-se uma República. Em 1940, então, foi publicado o Código Penal vigente até o momento. E em 1941, enfim, foi promulgado o Código de Processo Penal, que, até os dias atuais, também sofreu grandes modificações, como a

promovida por legislações das mais diversas estirpes.

Em consonância com as regras do jogo trazidas pelo Código de Processo Penal – CPP, o processo penal no Brasil inicia-se com uma manifestação do titular da ação, seja o Órgão Ministerial em determinados casos, seja o particular, em outros tantos casos.

Em breve análise, pois o que se pretende aqui é apenas demonstrar toda marcha processual sem esmiuçá-la em todas suas peculiaridades, aproximando-se, talvez, da visão externa anteriormente ressaltada. A partir daí, tem-se que será disponibilizado ao indivíduo processado o direito de responder à acusação que lhe é imputada – caso não seja iniciado o processo já será possível o acionamento do grau recursal por intermédio de Recurso em Sentido Estrito. Insta salientar que, caso o processo penal tenha início a partir de notícia ~~crimis~~ de cognição coercitivo, isto é, em caso de prisão em flagrante do infrator da lei, tem-se ainda a realização do ato dito como audiência de custódia. Não entrarei neste momento na mais nova discussão quanto ao Juiz das Garantias, posto que será feita em momento mais oportuno.

Posterior a realização dos atos iniciais, iniciar-se-á uma fase de produção de provas. Adiante, em que pese o modelo normativo prever prazos para que seja levado a cabo o ato de instrução e julgamento, este prazo em nada ter a ver com a realidade e quase nunca é observado, isto é, não condiz com a realidade defendida pelo modelo eficientista do garantismo, já anteriormente aludido.

Ao final de toda essa “primeira” fase do processo penal no Brasil, isto é, neste interstício haverá intimação de testemunhas, produções de provas periciais, oitiva do ofendido – este será objeto de análise superveniente – decretações de possíveis medidas cautelares, interrogatório do acusado, dentre diversas outras medidas, chegará ao fim desta fase quando da realização do ato de instrução e julgamento, que, nada mais é, que a manifestação do Estado-Juiz referente a sua persuasão racional acerca de todas as cenas produzidas até este episódio.

Após a manifestação do Estado, que se dá através de uma sentença, inicia-se então a chamada fase recursal propriamente dita, sem, contudo, deixar de ressaltar que esta fase poderá ser levada a termo em inúmeros casos na dita “primeira” fase do processo.

Adiante, após todos os esgotamentos possíveis das vias recursais em sede de Tribunais de Justiça estaduais – em se tratando de justiça comum estadual –

espera-se a sociedade e muito mais ainda, as partes, que, enfim, encerre-se o processo penal. Ledo engano. Após nova manifestação do Estado, que como regra agora se dará por meio de um Acórdão, inicia-se a fase recursal em instância superior. Reitero que essa narrativa se ampara na visão externa ao direito e que não se procura esmiuçar o processo penal, senão demonstrar o quanto se distancia do modelo eficientista esculpido no garantismo penal integral.

Cabe ressaltar aqui, e, sem lugar a dúvida, observado por todos, o distanciamento entre a data do fato que ensejou toda essa “procissão” e a data em que efetivamente irá o Estado, e por via de consequência, a sociedade, levar a termo a satisfação da pretensão punitiva, que sob o prisma da noção das consequências advindas da justiça tardia, que inicialmente fora exposto, pode não mais ser efetivo na busca pela paz social.

Esculpido está, no art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e este só se dará, “para aqueles que dispõe de recursos financeiros”, com o esgotamento de todos os manejos recursais cabíveis em todas as instâncias do Poder Judiciário, acarretando, assim, por vezes, a prescrição desta pretensão punitiva do Estado, que também é da sociedade na condição de vítima indireta de uma violação as regras de convivência.

Neste ponto, indaga-se, qual seria a função do processo penal nesses casos em que por morosidade ou ineficiência do Estado, aliado a astúcia profissional daqueles que são bem remunerados para manejar o direito, no que concerne a concretizar a aplicação do direito material quando da ocorrência de uma infração penal? Qual a defesa dos direitos fundamentais da sociedade são levados a termo nestes casos?

Segundo José Afonso da Silva (Direito Constitucional Positivo, 2016), direitos sociais são aqueles que disciplinam situações subjetiva de caráter concreto. Assim, direitos sociais ou os tidos por direitos de segunda dimensão apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial. Desta sorte, quando se verifica a prescrição da pretensão punitiva ou executória ocorrer, resta evidente que nenhuma prestação positiva fora levado a termo pelo Estado na defesa dos direitos da sociedade.

## 2.1 GARANTIS MO PENAL INTEGRAL À LUZ DAS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL TRAZIDAS PELA LEI 13964/19

A atual lei 13964/19, vulgarmente denominada como pacote anticrime, dentre outras alterações legislativas, instituiu o Juiz das Garantias, figura responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, que, insta salientar, já era realizada pelo Poder Judiciário, além da salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Neste ponto, é de primordial importância demonstrar o avanço legislativo no sentido da concretização do garantismo penal integral. Dito de outro modo, ao prever tal legislação que será atribuição do Juiz das Garantias zelar pela salvaguarda dos direitos individuais, mostra-se evidente que tal determinação legal também abarca os direitos individuais da vítima e por via reflexa, da própria sociedade como um todo.

## 2.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Instituto semelhante, *mutatis mutandis*, a *plea bargaining* existente nos países que adotam como sistema legal o *common law*, isto é, nos países anglo-saxões e de influência britânica, a *plea bargaining* consiste numa negociação feita entre o representante do Ministério Público, titular da ação penal pública, e o acusado, o acordo de não persecução penal a muito vem tentando ser integrado ao nosso ordenamento jurídico, como mais uma vertente do garantismo penal integral.

Assim como no instituto de direito penal negocial do direito norte americano, o réu diante da imputação de um fato no sistema penal brasileiro pode confessar ou não confessar a autoria em sentido amplo do fato criminoso. Entretanto, assim como lá, se confessar, poderá reivindicar a negociação.

É importante destacar que tal acordo veio por intermédio de alguns atos normativos, e, só agora, através da lei 13964/19, é que fora legalmente introduzido no ordenamento jurídico pátrio, como sendo um instituto concretizador do garantismo penal integral.

A adoção de um modelo penal eficientista à luz da constitucionalidade do Acordo de Não Persecução, que inicialmente fora trazido pela Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP 183/18, pode ser visto como um desafogo ao sistema processual penal no país, implicando necessariamente na diminuição significativa prestação da atividade jurisdicional tardia.

Alguns aspectos se fazem imprescindíveis, de modo que devem ser analisados, para verificar a possibilidade de compatibilização entre o modelo normativista – garantismo monocular hiperbólico e o modelo eficientista e com isso entregar a sociedade uma prestação jurisdicional que não alargue o abismo entre tal atividade e a justiça. Desta maneira, podemos elencar aqui as seguintes questões, que por vezes são trazidas à baila quanto a violações ao direito de defesa, à saber: a possibilidade de erro judiciário, e digo, na condução da persecução penal e a criação de um super órgão, isto é, um Ministério Público superior a lei.

Segundo o professor Antônio Scarance Fernandes, em seu livro *Direito Processual Penal Constitucional* (FERNANDES, 2001, p.10-11), o modelo garantista ou garantidor é aquele para o qual:

O direito penal serve como instrumento de defesa não só dos interesses do acusado e da vítima, mas também como instrumento de defesa e limite das interferências do poder estatal na questão penal, através da sua sujeição às regras constitucionais asseguradoras de direitos, garantias e liberdades individuais. (FERNANDES, 2001, p.10-11).

Por outro lado, um segundo modelo, e não menos importante, sendo nomeado, pelo já mencionado professor, como modelo “eficientista”, com maior preocupação na eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos do tratamento penal, e por via de consequência o atendimento aos anseios sociais.

Colocados lado a lado, podemos concluir que é possível a existência concomitante destes modelos e que não necessariamente é preciso a exclusão de um em detrimento do outro.

É imaginável que em um mesmo fato seja possível a garantia dos direitos constitucionais assegurados a defesa conviva com a eficiência necessária para a promoção da justiça.

Quanto à possibilidade de Erro judiciário e possíveis prejuízos a ampla

defesa, tem-se que o “Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Desta sorte, o que se depreende desta disposição constitucional é que ela também poderá ser estendida aos acordos de não persecução, em que pese ser efetivado por órgão estatal.

Prepondera que nas hipóteses prescritas na Lei Complementar n. 35/79, responderá por perdas e danos o magistrado, quando no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude – art. 49, ainda no art. 133 do CPC" e no art. 630 do CPP.

No que tange ao Ministério Público, em âmbito federal, tem-se na lei Complementar nº 75/93 que compete ao Corregedor-Geral do Ministério Público Federal instaurar inquérito contra integrante da carreira, propor ao Conselho Superior a instauração do processo administrativo consequente e propor ao Conselho Superior a exoneração de membro do Ministério Público Federal que não cumprir com zelo sua atividade profissional. Por outro lado, no Ministério Público do Estado de Goiás, tem-se a lei complementar estadual nº 25/93, que também prevê a responsabilização de seus membros no exercício da atividade funcional, isto é, a Corregedoria Geral, como sendo o órgão encarregado de fiscalizar as atividades funcionais e a conduta dos membros do Ministério Público, bem como de fiscalizar e avaliar os resultados das metas institucionais e atividades funcionais.

Defensora desta tese, tem-se a Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR, manifestando-se favorável ao instituto da plea bargaining como modelo de eficiencismo do processo penal no país.

A lei que insere no ordenamento jurídico pátrio o acordo de não persecução, em si, é extremamente positiva para um sistema jurídico-penal mais eficiente. A defesa pelo modelo “plea bargaining” é luta histórica do Ministério Público Federal e da ANPR, que, em diversas oportunidades, esteve no Congresso Nacional defendendo propostas que traziam a ideia como uma das soluções para melhorar o sistema penal brasileiro.

Um modelo em que as partes, Ministério Público – titular da ação penal – e investigados – assistidos por seus advogados –, podem negociar penas é uma forma moderna de funcionamento da Justiça Criminal, o que garante ampla defesa e permite que o foco do sistema fique concentrado em casos de maior envergadura.



O modelo, consagrado há décadas nos Estados Unidos, onde mais de 80% dos casos são solucionados via justiça negocial, vem crescendo e sendo aprimorado em diversos países de tradição democrática, entre eles, Alemanha, França, Itália, Inglaterra, Portugal, Japão, Suécia e Noruega. No Brasil, a implementação do sistema contribuirá para uma Justiça mais célere, em que o sistema jurídico penal possa dar andamento a casos que hoje ele não consegue julgar.

A ANPR elogia a iniciativa e se coloca à disposição para contribuir com a construção de uma proposta que eleve a persecução criminal brasileira a um patamar mais moderno e eficiente.

Diante do que dispõe a referida regulamentação, tem-se que não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, comi-nada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciada mente a sua prática, mediante algumas condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente.

Isto posto, faz-se mister que elenquemos algumas condições para serem cumpridas pelo agente criminoso, no intuito de assegurar o interesse social nestes tipos de negociações.

Iniciamos com a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo aqueles casos que exista impossibilidade de fazê-lo por parte do agente criminoso.

A renúncia voluntaria a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime também caminha no mesmo sentido da reparação do dano, pois o produto proveito do crime com conteúdo económico e patrimonial poderá ser utilizado para o cumprimento daquela obrigação.

Quanto à possibilidade ofertar ao agente negociante o pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, anda lado a lado com essa nova forma de promoção de acordos de não persecução. Esta prestação deverá ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

Ademais, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por

período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local indicado pelo Ministério Público corrobora o entendimento de ressocialização do indivíduo que comete um ilícito penal e necessita entender seu papel na sociedade.

Neste diapasão, cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada, demonstra-se presente o interesse coletivo em demonstrar a reprovabilidade da conduta do agente criminoso.

Por outro lado, necessário se faz entendermos que em alguns casos, ainda que enquadrados nos critérios objetivos já mencionados, não será admitida a proposta de acordo de não persecução nos casos em que a lei preveja outras medidas despenalizadoras, isto é, quando for cabível a transação penal, quando o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local, quando o agente criminoso incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95.

Outrossim, quando o aguardo para o cumprimento do acordo puder acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal ou a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, de igual modo não será cabível tal acordo.

E por fim, quando o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Tais hipóteses, tidas como causas excludentes da incidência dos critérios objetivos para a confecção do acordo de não persecução penal deverão ser analisadas caso a caso para que este importante instrumento de celeridade da justiça penal possa cumprir seu papel na busca e promoção da justiça.

Como forma de tornar válido o acordo de não persecução a confissão do investigado deverá ser detalhada, dizendo sobre os fatos praticados.

As tratativas do acordo deverão ser registradas pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor, obedecendo assim seu direito constitucional de ampla defesa e, por via de consequência, o seu direito a defesa técnica.

Ainda, em consonância com a regulamentação do Conselho Nacional do

Ministério Público - CNMP, o acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

Posterior a formalização do acordo realizado, a vítima será comunicada por qualquer meio idóneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial, que por sua vez obedece ao mandamento constitucional da inafastabilidade de apreciação de qualquer demanda do Poder Judiciário.

Se o magistrado considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para implementação do acordo. Por outro lado, se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, poderá recorrer-se a instâncias superiores do Ministério Público no intuito de demonstrar seu entendimento pela escolha do curso normal do processo ou para que seja tomada outra providência.

Uma vez remetido os autos contendo os termos do acordo ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, nos casos de não verificar o magistrado as condições adequadas ou proporcionais, poderá ser adotada algumas providências, senão vejamos: oferecimento da denúncia ou designação de outro membro do Ministério Público para oferecê-la; complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado e de seu defensor, e por último, manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

No que concerne ao momento para se efetivar tais tratativas, verifica-se como tempo oportuno para a confecção do referido acordo de não persecução, nos casos de prisão em flagrante, na mesma oportunidade da audiência de custódia.

Alguns detalhes atinentes ao procedimento do acordo deverão ser levantados, como no caso de descumprimento das condições estipuladas no acordo ou da não observância dos deveres impostos, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público oferecerá a denúncia imediatamente, se for o caso.

Nesta esteira, tem-se que este será um procedimento que tem como um de

seus papéis o descongestionamento da justiça criminal no Brasil, que por muitas vezes não atinge o seu papel nem na observância de prazos legais como também de seu papel jurisdicional.

Por tal motivo, o descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo, por se tratar o acordo de ato não obrigatório e sua aceitação e posterior descumprimento demonstrar má-fé do investigado.

Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público.

Há, entretanto, algumas ressalvas quanto a aplicação do acordo de não persecução, ou seja, não poderão ser aplicados os acordos aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

E como critério objetivo será a pena base em abstrato, como limite para a possibilidade do acordo. Já para efeitos de aferição desta pena mínima comi-nada ao delito, deverão ser consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Insta salientar, neste ponto, que o acordo de não persecução penal não possui caráter obrigatório, devendo sempre as partes envolvidas proceder a análise da conveniência do acordo, e, só então, será formalizado por escrito e firmado pelo Parquet - membro do Ministério Público - e pelo investigado, sempre assistido por seu defensor, seja de ordem particular ou defensor público.

Corroborar tal entendimento o disposto no art. 28-A, §4º, do CPP, senão vejamos:

§ 4º - Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

### 3. A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Questão quase sempre irrelevante aos olhos do modelo hiperbólico garantista, tem-se a vítima no processo penal pátrio, notadamente nos crimes que se processam mediante ação penal pública.

Vítima, no que tange ao assunto aqui discutido, pode ser entendida como a pessoa que suporta os efeitos da ação de natureza criminosa, em todas as suas vertentes, é dizer, aquela pessoa que vem a sofrer, conforme a natureza e circunstâncias do crime, danos de ordem física, psicológica, patrimoniais ou quaisquer outros abalos em seus direitos inerentes a dignidade humana.

Pois bem, a partir daí, no modelo garantista monocular hiperbólico, tem-se que a vítima acaba sendo, durante uma persecução penal, vitimada por mais vezes, tendo que suportar, para além dos danos inerentes a ação criminosa, uma longa procissão processual, que, com o distanciamento já evidenciado entre o fato e a resposta estatal, nada mais servirá que um mecanismo ampliador dos danos.

A própria criminologia, evidencia tal fato ao elencar dentre seus objetos de estudo, a vítima, enumerando ainda os processos de vitimização primária, secundária e terciária em relação ao indivíduo que suporta os efeitos da ação criminosa.

Ora, não sejamos temerários e desarrazoados em pensar que o modelo tido como garantidor atende a própria finalidade do direito, vale dizer, regular a convivência social.

Pensemos no seguinte caso hipotético para ilustrar tal apontamento. Indivíduo, portador de vida anteacta sem nenhum apontamento criminoso, preso na flagrância da prática de infração penal de lesão corporal de natureza leve em ambiente doméstico. Tendo o nosso atual ordenamento jurídico como base, por óbvio, tem-se que diante da formalização procedimental, na audiência de custódia será este infrator restabelecido ao seio social, por não haver possibilidades de conversão da então prisão em flagrante em uma constrição preventiva de liberdade, observado as regras do art. 312 e 313, ambos do CPP. Adiante, retorna o autor da infração ao convívio do lar onde o fato ocorrera, durante toda marcha processual.

Neste ponto cabe a seguinte indagação, como fica a vítima nesse caso? Será que se existir novas práticas de lesões corporais com igualdade de sujeitos, irá esta vítima se socorrer onde? Demonstra-se aqui apenas e tão somente a ineficiência do modelo garantista monocular com espeque a própria finalidade do direito e a ir-relevância do tratamento da vítima em nosso sistema jurídico.

O que se prega dentro de uma ideia eficientista não é um poder absoluto e irrestrito por parte do Estado dentro da persecução penal ou, lado outro, ignorar as garantias constitucionais do acusado. Observada a instrumentalidade necessária do Processo Penal em relação ao direito penal, é mais que evidente que a ineficiência daquele ramo trará reflexos graves na proteção das normas penais, o que, sem dúvidas, surtirá efeitos na proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade, e, portanto, dignos de tutela penal.

Atualmente, com o advento da lei 13964/19, pela primeira vez no CPP, tem-se que o legislador, ao observar o modelo garantista integral, trouxe a vítima uma pequena, mais válida, participação mais efetiva no processo penal brasileiro.

Especificamente atinente a fase pré-processual, instituiu o legislador que ordenado o arquivamento de procedimento investigatório, o órgão ministerial comunicará à vítima.

Adiante, se a vítima não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, observado o prazo legal e a partir do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

Das recentes alterações legislativas, observa-se também no disposto no art. 28 – A, §9º, do CPP, com relação ao acordo de não persecução penal que a vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

#### 4. LAXISMO PENAL NO PROCESSO PENAL GARANTISTA MONOCULAR HIPERBÓLICO

O termo “Laxismo Penal” cunhado pelo Eminentíssimo Desembargador Volney Corrêa Leite de Moraes Júnior, já falecido, pode ser entendido como um tratamento desarrazoado e desproporcionalmente ineficaz frente ao ilícito praticado e o tratamento a este ilícito praticado.

Adiante, é cristalino e assustador o que se tem visto atualmente quando o tema tem tratado de decisões na seara penal, de cunho extremamente laxistas, notadamente quando se trata da criminalidade de colarinho branco. Aqui destaco, coincidentemente ou não, vemos cada vez mais a narrativa de direito penal mínimo ao mesmo passo que observamos uma democratização do direito penal, isto é, ao mesmo passo que vemos o direito penal sendo aplicado a criminalidade mais abastada economicamente.

Ora, não se pode enxergar o que não se quer ver. Digo, em um passado não muito distante, quando o direito penal só alcançava a dita criminalidade tradicional, nada se discutia acerca dessa tal intervenção mínima, mesmo já estando sob a égide do Estado democrático de direito, a partir de 1988.

Noutro giro, exatamente no mesmo período em que vislumbramos membros do Poder Legislativo, Executivo, Judiciário e grandes poderosos do cenário econômico nacional sendo atingidos pelo direito sancionador, de paramo-nos com o movimento garantista monocular hiperbólico, que alça sua voz para dizer não a intervenção do direito penal.

É possível vislumbrar como esta percepção reacionária, unidirecional e arbitrária da persecução penal, tido pela doutrina hiperbólica, não se coaduna com os anseios de paz social no seio de uma sociedade que espera e precisa do direito para se organizar. Observa-se os seguintes julgados advindos das 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

HABEAS CORPUS. CONTRAVENÇÃO PENAL. VIAS DE FATO. PRISÃO PREVENTIVA. NÃO CABIMENTO. ART. 313, III, DO CPP. VIOLAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1.

Em se tratando de aplicação da cautela extrema, não há campo para interpretação diversa da literal, de modo que não existe previsão legal autorizadora da prisão preventiva contra autor de uma contravenção,

mesmo na hipótese específica de transgressão das cautelas de urgência diversas já aplicadas. 2. No caso dos autos, nenhum dos fatos praticados pelo agente - puxões de cabelo, torção de braço (que não geraram lesão corporal) e discussão no interior de veículo, onde tentou arrancar dos braços da ex-companheira o filho que têm em comum -, configura crime propriamente dito. 3. Vedada a incidência do art. 313, III, do CPP, tendo em vista a notória ausência de autorização legal para a decisão que decretou a constrição cautelar do acusado. 4. Ordem concedida, para que o paciente possa responder a ação penal em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. HC 437535 /SP HABEAS CORPUS 2018/0036864-5. DJe 02/08/2018.

Vamos por partes. O CPP prevê em seu art. 313, III, que se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, como no caso concreto trazido à baila, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, que também foram desrespeitadas em tal caso.

Doutra banda, verifica-se na redação do art. 24 - A, da lei 11340/06, que será crime o descumprimento de medida protetiva de urgência, punido com detenção de 3 meses a 2 anos. Ainda, prescreve o mesmo diploma legal que são formas de violência contra a mulher, além de outras, a violência física, psicológica e a moral. Pois bem, para que serve todo o arcabouço existente de legislações se, durante a aplicação delas, tem-se uma visão meramente unidirecional e hiperbólica.

O que se transmite com relação as funções da pena e propriamente do direito, como num caso deste? Será que o caráter preventivo estará presente e será eficaz para que comportamentos como este não sejam repetidos?

Adiante, colaciona-se aqui mais um julgado, proferido pelo mesmo Tribunal Superior, acerca de um dos maiores problemas enfrentados no país, o tráfico de drogas e ilícitos afins. Vejamos:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. TEMA 280/STF. FUGA ISOLADA DO SUSPEITO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DE PROVAS CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. No RE n.º 603.616/Tema 280/STF, a Suprema Corte asseverou que a flagrância posterior, sem demonstração de justa causa, não legitima o ingresso dos agentes do Estado em domicílio sem autorização judicial e fora das hipóteses constitucionalmente previstas (art. 5º, XI, da CF).

2. Apesar de se verificar precedentes desta Quinta Turma em sentido contrário, entende-se mais adequado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento que exige a prévia realização



de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: "campana que ateste movimentação atípica na residência").

**4.** Recurso em habeas corpus provido para que sejam declaradas ilícitas as provas derivadas do flagrante na ação penal n.º 0006327-46.2015.8.26.0224, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP. RHC 89853 / SP RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2017/0247930-4 T5 - QUINTA TURMA DJe 02/03/2020.

Passemos a análise desta segunda situação. Segundo entendimento doutrinário majoritário, o crime de tráfico de drogas na modalidade ter em depósito, trata-se de crime permanente. A permanência de um crime serve para que se verifique o momento de sua consumação e, portanto, a verificação da situação flagrancial.

No caso em comento, policiais militares receberam uma denúncia anônima e foram averiguá-la. Ao chegarem no local, o indivíduo que fora preso no ato, iniciou a tentativa de fuga ao avistar os policiais.

No domicílio em que se deu todo o fato foram encontradas substâncias entorpecentes, o que de per si já configura uma das hipóteses constitucionais de excepcionalização da inviolabilidade do domicílio. Senão vejamos:

Art. 5º, CF/88 [...]

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, **salvo em caso de flagrante delito** ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Deste modo, a denúncia anônima aí só corrobora o flagrante ilícito já preexistente no local, sendo legítimo que o denunciante não queira correr o risco de se identificar e pagar com a própria vida.

Deve-se salientar que, mais uma vez alicerçado apenas numa visão unidirecional hiperbólica, entende a Sexta Turma do STJ, que a denúncia anônima não configura a justa causa exigida para autorizar a mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio. Entretanto, esquecem-se que se tratava de hipótese de crime permanente e de flagrância continuada.

Entender que a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a

medida, conforme justificativa trazida pelo Tribunal Superior, é desarrazoada e coloca em xeque todo sistema de combate a este tipo de crime, que, insta salientar, possui status constitucional tamanha sua gravidade.

Por derradeiro, analisaremos este último julgado, proveniente da mesma fonte dos trazidos preteritamente.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO E ATO LIBIDINOSO. TRIBUNAL DE ORIGEM ENTENDEU PELA PRÁTICA DE CRIME ÚNICO. DELITOS PRATICADOS NAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS. MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 12.015/2009. LEI PENAL MAIS FAVORÁVEL AO RÉU. RETROATIVIDADE. CONDUTAS PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO. SUPERVENIÊNCIA DE NORMA BENÉFICA.

APLICAÇÃO. 1. Com a superveniência da Lei n. 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no art. 214 do Código Penal, foi inserida naquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro. 2. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 3. Agravo regimental improvido. Conjunção carnal e pratica de ato libidinoso. Crime único. Lei 12015/09 CPI da pedofilia. 6ª turma STJ. Tipo misto alternativo. Ag Rg REsp 1127455/AC.

Neste ponto, cabe o destaque, qual seria a vontade da lei ao tratar dessas condutas que violam a dignidade sexual do indivíduo. O professor Jimenez (Tratado de Derecho Penal, p. 916) vai nos dizer que a mens legis nesse caso é o de recrudescer o tratamento penal, isto é, para ele o tipo penal em discussão trata-se de tipo misto cumulativo, haja vista que o ato libidinoso não é conduta meio para a prática da conjunção carnal, o que, diante do nosso ordenamento jurídico, implicaria em concurso material de crimes e sistema de cumulação de penas, sendo muito mais justo no atendimento da vítima e na defesa dos direitos da sociedade.

Outrossim, tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei, daí a ideia de garantismo integral como sendo a mais razoável e próxima da busca por justiça. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente,

ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal.

Caminhar para uma proposta muitas vezes de abolição penal e que poderíamos chamar de direito penal mínimo, ou, no extremo oposto, acolher a ideia de um direito penal máximo, o faz dentro de uma perspectiva moderna e antenado com a ideia de uma Constituição Social, desenvolvendo a tendência para o direito penal proporcional.

Entre os desafios para a implementação dos direitos fundamentais encontra-se o uso proporcional do direito penal: de adversárias daqueles direitos, viram-se as sanções penais alçadas a instrumento necessário para sua proteção.

A busca por um direito penal proporcional, que não descure das garantias fundamentais das pessoas investigadas, acusadas e sancionadas, nem deixe à míngua vítimas de graves ofensas a direitos, é incessante, e encontra melhor amparo na doutrina do garantismo integral.

O caminho que se apresenta para este fim é o da exegese constitucional, de onde se pode haurir a normativa que há de dirigir a atuação do Estado. O processo penal, como mecanismo utilizado para levar a cabo a persecução penal, deve, então, ser entendido não como um fim em si mesmo, mas como meio para se buscar a efetiva proteção dos direitos sociais.

Acrescenta-se a isto que, a luz dos julgados aqui colacionados, quando voltamos as atenções aos crimes contra a ordem tributária, ou as infrações penais contra a ordem econômica, teremos muito mais espanto ao observar a discrepância entre o modelo garantista unidirecional e os anseios quanto a proteção da sociedade. Ver extinta a punibilidade do agente que comete infração penal de ordem tributária e que, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, restitui o que deixou de pagar de forma indevida ao analisar sua possível condenação, verificando, assim, qual será mais benéfico para ele, cumprir a pena ou pagar o que deve, esvaziando por completo os efeitos da prevenção geral positiva.

## **5. MINISTÉRIO PÚBLICO: ÓRGÃO ACUSADOR OU INSTITUIÇÃO GARANTIA?**

Hodiernamente é preciso observar a Instituição Ministério Público como um órgão ligado precipuamente a justiça penal sem deixar, contudo, de possuir diversas outras atribuições que lhes foram sendo acrescentada ao longo dos tempos.

Em tempos antigos, com lastro na história, tem-se o surgimento da figura do Ministério Público como “Procuradores do Rei”, na França, durante o reinado do Rei Filipe IV – o Belo, sendo pela primeira vez na história registrado em um ato que ficou conhecido como Ordenanças de 25 de março de 1302.

Adiante, durante o período da Revolução Francesa, isto é, por volta da última década do século XVIII, foi que efetivamente se estruturou a Instituição Ministério Público, ao instituírem garantias aos seus integrantes.

No Brasil, a história da Instituição inicia-se com a menção ao Procurador dos Feitos da Coroa e ao Promotor de Justiça, veiculada no Alvará de criação do Tribunal da Bahia, em 07 de março de 1609, sendo está a primeira legislação nacional a abordar a fundação desta Instituição.

Por derradeiro, consagrando toda evolução histórica experimentada pela Instituição Ministério Público, é possível verificar que o constituinte originário de 1988 aloca a Instituição em um local de destaque, isto é, no capítulo que trata das funções essenciais da justiça, separando-o de qualquer vinculação aos três poderes, e tampouco existindo o papel de representação judicial do Estado.

Pois bem, superado todo esse enredo histórico, voltaremos a atenção para o papel de defensor das garantias estampado nesta Instituição. É possível observar o Ministério Público, para além de suas atribuições tradicionais, precípuas, ou seja, de órgão acusador, outras três funções que lhe faz ser visto como Instituição garantia. Passemos-nos a examiná-las.

### **5.1 ATUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Sob o prisma da atual Constituição, é possível que o Procurador Geral da República – art. 103, VI, CF/88 – chefe do Ministério Público da União,

provoque o Supremo Tribunal Federal, haja vista possuir tal legitimidade, para que este Egrégio tribunal se manifeste sobre o controle concentrado de constitucionalidade. Desta maneira, o Ministério Público deve ser visto como defensor da Constituição sempre que esta se achar violada por um ato normativo, acarretando a conseqüente atuação do Ministério Público como instituição garantia.

## 5.2 MINISTÉRIO PÚBLICO DE DEFESA

Diversamente da função precípua da Instituição Ministério Público que é a de titular da ação penal, é possível verificar a função de defesa dos direitos constitucionalmente assegurados da vítima, isto é, nos termos do art. 68 do Código de Processo Penal – CPP, quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, a execução da sentença condenatória ou a ação civil será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público, nos locais onde não tiver instaurada Defensoria Pública.

## 5.3 MINISTÉRIO PÚBLICO E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesta função, cabe destacar que a Instituição Ministério Público possui como atribuições para assegurar os direitos fundamentais o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. Ademais, cumpre ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, além de suas outras funções anteriormente elencadas.

Desta sorte, a Constituição Federal de 1988 atribui ao Ministério Público o papel de órgão provocador, vale dizer, é quem busca a intervenção do Estado-Juiz

contra as violações das leis e da constituição.

Portanto, resta evidente a função de Instituição garantia, vista aos olhos do garantismo integral, desconstituindo a visão de Órgão meramente acusador e meio de institucionalização da violência aos direitos individuais.

## 6. NULIDADES NO PROCESSO PENAL

Trata-se de um fenómeno cada vez mais visto no processo penal, o que nos leva a pensar que o modelo atual de nulidades em nosso ordenamento jurídico, notadamente dentro da persecução penal, evidencia a ineficiência de todo o sistema.

### 6.1 GARANTISMO E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Apregoa este princípio que, mesmo nos casos de inobservância formal na prática de determinados atos, estes atos não serão anulados quando atingirem sua finalidade.

A partir daí, observa-se que o garantismo monocular existente na teoria geral das nulidades no processo penal, cede espaço frente a instrumentalidade das formas, e ao princípio do *pas de nullité sans grief*, quer dizer, ao prever o ordenamento jurídico a possibilidade de aproveitamento dos atos processuais quando não acarretarem prejuízos as partes, estaremos diante de um garantismo penal integral.

Deve-se então, analisar os atos praticados sob dois aspectos, o formal e sob a eficácia do ato. Verifica-se, no primeiro caso, se o ato se amolda a forma descrita na lei, e, portanto, será válido. Se, por outro lado, não se verificar a subsunção, não deverá ser decorrência lógica e automática a nulidade de tais atos, pois necessário se faz a verificação da observância do segundo aspecto, qual seja, o da eficácia do ato.

Ora, é possível observar que quem mais sofrerá as consequências desta visão monocular do garantismo, do formalismo exacerbado, é a própria vítima imediata e a sociedade, de forma mediata, que é quem suporta todo ônus financeiro do sistema.

Lado outro, prevalecer a forma em detrimento do objetivo não poderá ser tido como verdade absoluta. Entretanto, não devemos confundir o princípio da instrumentalidade das formas com a possibilidade de inobservância absoluta por parte do Estado dentro da persecução criminal.

## 6.2 GARANTISMO E PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Em que pese existir presente a vedação a autoincriminação, faz-se mister observar que mesmo estando em lados opostos, indivíduo e Estado, o princípio da boa-fé processual deverá existir, nas linhas que escrevem o garantismo integral.

Em assim sendo, a boa-fé não é somente externa ao processo penal, pois jamais deverá ser aceito como legítimo que uma das partes possa destruir provas ou obstar a administração da justiça. Não se prega, aqui, a flexibilização a qualquer custo, de que o réu no processo penal deva produzir provas contra si mesmo, e sim que deve haver um comportamento processual mínimo a ser adotado.

Direito ao silêncio – nemo tenetur se detegere, direito de mentir, direito de não participar de audiência dentre tantos outros, assegurados pelo modelo garantista monocular, seriam desproporcionais se pensarmos em toda a sistemática da ética que envolve a convivência em sociedade. Lado outro, mais uma vez, e a vítima com tudo isso?

Portanto, o princípio da boa-fé deve ser analisado em conjunto com o princípio da cooperação e da ética, a luz, é claro, do garantismo integral.



## 7. OBRIGATORIEDADE MITIGADA DA AÇÃO PENAL

O legislador, de modo geral, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo do direito criminal.

Porém, na medida em que se percebeu que o Estado não tem condições de efetivar a sua persecução penal em relação a todas as infrações penais e a todos os seus autores, começou-se a questionar o princípio que rege a ação penal, notadamente a ação penal pública, o denominado Princípio da Obrigatoriedade, à luz da efetividade do processo penal.

Os movimentos que pregavam a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal passaram a ter maior aceitação, o que ocorreu de duas formas: a viabilidade do princípio da oportunidade e a alteração das vias procedimentais que permitissem evitar o processo, suspendê-lo ou encerrá-lo antecipadamente.

Na segunda forma, imaginou-se uma fase conciliativa, pré-processual entre o órgão de acusação e o acusado devidamente acompanhado por uma defesa técnica, para tentar evitar o processo, e uma forma de possibilitar a sua paralisação após a instauração, por meio de um acordo entre a acusação e o acusado, a permitir que o processo fique suspenso ou não seja implementado e o acusado, submetido ao cumprimento de algumas condições durante um determinado período.

Ressalta-se que a ação penal pública é regida pelo princípio da obrigatoriedade, vale dizer, havendo indícios de autoria e prova da materialidade quanto à prática de um fato típico e não se fazendo presentes causas extintivas da punibilidade, tais como a morte do agente e a prescrição, não pode o Ministério Público, em tese, deixar de ajuizar a ação penal.

Tal obrigatoriedade, porém, não é absoluta, sendo mitigada no âmbito das infrações sujeitas ao Juizado Especial Criminal, em que há a possibilidade de transação penal e a suspensão condicional do processo, previstas nas Leis 9.099/1995 e 10.259/2001 e admitida pela própria Constituição Federal no art. 98, I.

Adota-se, neste último caso, o princípio da obrigatoriedade regrada ou da discricionariedade regrada, viabilizando-se ao Ministério Público, diante da

presença dos requisitos legais, deixar de propor a ação penal e oferecer ao autor do fato a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, encerrando-se, assim, o procedimento.

## 7.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA

De todos os princípios garantistas - ou garantias - expressos em nosso ordenamento jurídico, aquele que caracteriza especificamente o sistema cognitivo é o princípio da legalidade estrita.

Este princípio, ocupa um lugar central no sistema de garantias, devendo sempre andar ao lado da vontade legítima das partes no processo penal e da defesa dos interesses sociais.

Observa-se aqui, o princípio da legalidade em convivência com a autonomia inerente aos sujeitos do processo, por sua distinta forma lógica. Enquanto acordo, não devemos entender que a não persecução deverá se dar ao arrepio da lei, mas se limita a exigir da lei balizas como condição necessária para tornar efetiva a pena e o a prática do delito.

Daí se segue, um papel distinto dos dois institutos e uma distinta estrutura normativa do sistema legal exigida por eles: a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência dos acordos de não persecução que preveem penas e o reconhecimento da prática de delitos.

O garantismo integral aqui, no que tange ao princípio da legalidade, atuará em conformidade com as previsões normativas, de modo a se garantir segurança jurídica para a sociedade como um todo.

Disto resulta, que o magistrado, ao analisar os requisitos legais, verificará que o princípio da legalidade foi levado a termo e havendo voluntariedade na participação dos sujeitos, sujeitar-se-á o juiz à lei e a vontade das partes. É evidente, com efeito, que só à medida que se satisfaça o princípio da legalidade e da obrigatoriedade mitigada, deverá ser levada a efeito pelo magistrado na sentença.

## 8. AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL

Teoria escrita e desenvolvida pelo professor Ferrajoli, em seu livro *Direito e Razão*, o eminente jurista cria mecanismos de minimização do poder institucionalizados, que podem ser divididos em três grandes grupos, quais sejam: os relativos a pena; relativos ao delito e por fim, os relativos ao processo. Com relação a pena, surgiu, então, o princípio do *nulla poena sine crimine* – não há pena sem crime. Consequência lógica da retributividade.

*Nullum crimen sine lege*, isto é, não há crime sem lei. Ligado ao princípio da legalidade, tendo como características a anterioridade, a forma escrita, estrita e certa.

*Nulla lex (poenalis) sine necessitate* – não haverá lei penal sem necessidade. Exterioriza o princípio da necessidade.

No que tange as garantias relativas ao delito, tem-se o axioma da *nulla necessitas sine injuria*, quer dizer, não há necessidade de proteção do direito penal se não houver lesão.

*Nulla injuria sine actione* – proíbe-se o direito penal do autor, pois não há injuria sem autor.

*Nulla actio sine culpa*, significa dizer que não há ação sem culpabilidade. Destarte, os axiomas relativos ao processo são: *nulla culpa sine judicio* – Princípio da Jurisdicionalidade, e aqui, convêm enaltecer que, sob os auspícios do garantismo integral, não é o Poder Judiciário que torna o indivíduo culpado, antes, porém, são as próprias condutas do sujeito no cometimento de um fato que o torna culpado e, portanto, merecedor de uma sanção.

Veja aqui a contradição que poderia existir se a este axioma fosse atribuído valor absoluto. O indivíduo, mesmo diante de uma prova cabal, corroborada por diversas outras, que assumisse a sua responsabilidade penal frente ao fato praticado, não poderia ser sancionado, pois diante deste axioma somente o Judiciário é quem poderia dizer ser o autor responsável pelos atos praticados.

Ademais, escreveu o eminente jurista mais três axiomas relativos ao processo, quais sejam, *nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório), *nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova) e, por fim, *nulla*

probatio sine defensione (não há prova sem defesa), esculpindo assim o princípio do contraditório e todos os seus consectários.

Estes dez princípios, conectados sistematicamente, definem o modelo *garantista* de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal.

Foram desenvolvidos pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal "absoluto".

Posteriormente a isto, começaram a serem introduzidos nos mais diversos ordenamentos jurídicos existentes, sendo considerados princípios basilares do Estado Democrático de direito.

## 8.1. AS GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS

Podemos dizer que, garantias são mecanismos por meio dos quais se asseguram o direito. Deste modo, cabe aqui destacar a essência de alguns desses princípios que norteiam o processo penal e que se fazem presentes no modelo eficientista, isto é, no modelo de garantismo integral.

Ampla defesa. Para o garantismo integral, nada mais é do que o fruto da constitucionalização do direito, notadamente na atual conjuntura do nosso ordenamento jurídico.

Dentre outros aspectos a ampla defesa abarca a assistência jurídica integral e gratuita, nos termos do art. 5º, LXXIV, que dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, devendo esta previsão constitucional ser estendida ao acordo de não persecução.

Neste caso específico, qual seja, nos casos de acordo de não persecução a ser levado a termo em que a parte não dispuser de advogado constituído por ausência de recursos financeiros, a garantia fundamental da ampla defesa instrumentaliza-se por meio da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134, caput., da CF/88).

A ampla defesa é tão caro a nós que pode ser verificada inclusive quando, apoiado por uma defesa técnica, o sujeito que comete uma infração penal, resolve mitigar os prejuízos causados aceitando um acordo de não persecução e tentando restaurar à situação jurídica anterior existente.

A celeridade processual, esculpido no art. 5º, LXXVIII, da CF/88, é outro mecanismo com status constitucional para se buscar a efetividade do direito posto. Muito se fala na busca da efetividade do processo em prol de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça.

Atualmente é possível concluir que, em algumas situações, contudo, a demora, causada pela duração do processo e sistemática dos procedimentos, pode gerar total inutilidade ou ineficácia do provimento requerido.

Conforme constatou Bedaque:

O tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória. (Tutela Cautelar e Tutela Antecipada, 2009, p.15).

Isso impede a imediata concessão do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata, sob pena de perecimento mesmo do direito reclamado.

Nesse sentido, de nada adianta a previsão constitucional da duração razoável do processo como uma garantia ao cidadão, se o modelo garantista monocular hiperbólico não possibilita que tal previsão possui eficácia plena. Trata-se, sem dúvida, de garantia ineficaz, pois o que se nota atualmente é cada vez mais morosidade no serviço essencial para a convivência em sociedade, que é a prestação jurisdicional.

A prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável e efetivo já vinha prevista, como direito fundamental do ser humano, dentre outros dispositivos, nos arts. 8º, item 1.0, e 25, item 1.0, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Resta não se conformar com a aludida previsão, já que, como o comando determina, são assegurados os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo. Como sinaliza os pensadores acerca deste tema, esses meios devem ser inquestionavelmente

oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da Emenda n. 45/2004.

Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação.

Dentro dessa perspectiva, observa-se o presente avanço trazido pela lei 13964/19, qual seja, a previsão normativa do acordo de Não Persecução.

Parece, também, razoável, como recomendado no Relatório Anual (2006) do CNJ, apresentado na abertura do Ano Legislativo de 2007 (02.02.2007), que se implante uma cultura de conciliação, projeto esse materializado no movimento "Conciliar é legal".

Para se ter um exemplo, em 2008, entre os dias 1.º e 5 de dezembro, ocorreu a Semana Nacional da Conciliação, com resultados bem expressivos e quase 1 bilhão de reais em acordos implementados.

Parece importante que se reveja o entendimento de que o interesse público ou outros mecanismos advindos de visão unidirecional hiperbólica impediria a negociação, especialmente quando se tem no processo penal um dos maiores protagonistas das ações que chegam aos tribunais e com isso abarrotam o Judiciário.

Essa perspectiva tem de ser consolidada, fixando-se orientações administrativas na linha das decisões dos tribunais superiores, admitindo a negociação e, assim, racionalizando a prestação jurisdicional.

Outra técnica extremamente importante vem sendo a edição de súmula vinculante, assim como o uso da reclamação nas hipóteses constitucionais. Em importante balanço, conforme noticiado, para a Ministra Ellen Gracie, "a conciliação, somada aos novos instrumentos jurídicos que o Congresso Nacional aprovou - a Súmula Vinculante, que evitará a chegada de milhares de processos repetitivos ao Supremo Tribunal Federal, a Repercussão Geral, que permitirá aos ministros do STF selecionar as causas que o Tribunal deve julgar, sob o critério da relevância dos temas tratados, e a Lei 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do processo judicial - inaugura um novo tempo para o Judiciário brasileiro.

Um tempo de maior agilidade e efetividade, de diálogo e contato com o

cidadão comum, de conscientização mútua do papel das partes na busca de uma cultura da paz, são sem lugar a dúvida, evoluções contidas no garantismo integral.

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, como é endossado pelo garantismo monocular hiperbólico, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, é possível afirmar que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

## 8.2. ÉTICA, DIREITO E GARANTISMO PENAL INTEGRAL

De acordo com a hipótese formulada do trabalho, a doutrina iluminista da separação entre direito e moral elaborou, a um só tempo, o pressuposto necessário de qualquer teoria garantista e de qualquer sistema de direito penal, enquanto as várias doutrinas pré e pós-iluministas viram-se colocadas na origem de culturas e modelos penais eficientistas.

Desta feita, neste momento passamos a tratar de temas que, embora extrínsecos ao direito, estão umbilicalmente ligados ao direito, notadamente ao direito processual.

Ética, direito e garantismo integral dizem respeito ao comportamento ou conduta humana na convivência em sociedade. A ética, por exemplo, procura estabelecer regras básicas que possam servir a todos no exercício da convivência.

Neste diapasão, o direito, em sentido amplo, pode ser entendido como um conjunto de regras formuladas para reger determinados grupos, em épocas específicas, e utiliza-se como subterfúgio para sua aplicação a possibilidade de sanção para aqueles que escolherem agir de modo distinto.

Por sua vez, o garantismo integral não significa dizer que foi adotada uma postura intervencionista do Estado, uma conduta refratária, intervenção jurídico-penal para a aplicação de uma solução processual mais ou menos maléfica ao acusado. O garantismo integral nada mais prega do que a eficiência na preservação dos direitos fundamentais.

Noutro giro, o direito material e o processo penal não podem ser vistos como mecanismos responsáveis por violações de direitos do indivíduo, antes, porém, como instrumentos que auxiliam na defesa de direitos e por via de consequência, auxilia na condução da vida em sociedade.

Portanto, as três áreas do conhecimento se preocupam com o mesmo objetivo, isto é, o comportamento humano na arte de conviver em sociedade.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, notadamente a partir do império da Constituição de 1988, é possível se observar que todo seu conteúdo principiológico está interseccionados em prol da defesa dos indivíduos que compõem a nossa sociedade.

Os diversos modelos aqui considerados, antes mesmo que modelos teóricos e normativos, em boa parte, fruto das respostas políticas fornecidas, antes do nascimento do Estado de direito moderno, foram, originariamente, respostas ao problema da legitimação externa ou da justiça, expressas em forma de teses sobre o direito natural ou racional.

E, somente após a sua incorporação às constituições modernas, passaram a ser também (no todo ou em parte) parâmetros de legitimação



interna, ou seja, princípios jurídico-constitucionais que disciplinam, a validade das leis.

Vê-se, pois, que é possível descobrir os fundamentos éticos da justificação externa nas mais gerais filosofias jurídicas e políticas dentro das quais foram originariamente formulados.

Do ponto de vista axiológico externo, faz-se necessário para as perguntas para que serve o processo penal? Quais as razões ou os objetivos do direito penal e processual?

Enquanto respostas axiológicas à estas questões, independentemente da sua concreta formulação nos diversos ordenamentos positivos, as respostas fornecidas por cada um deles a essas perguntas serão, obviamente, condicionadas em larga escala, de modo que a incorporação de um ou mais deles em um ordenamento positivo confere valor de legitimação interna não apenas a razão da existência do processo penal.

Assim, podem justificar modelos de direito penal máximo ou mínimo, dependendo das razões mais ou menos genéricas ou complexas por meio das quais venham justificados o poder de punir, de proibir e de julgar do Estado, bem como os limites aos quais se sujeita referido poder na ausência de razões que justifiquem o seu exercício.

A questão do "quando", punir" - excetuados os sistemas penais que não contemplam os princípios retributivo e/ou de legalidade, os quais admitem, necessariamente, somente a resposta substancialista quia peccatum – pune-se porque é pecado, com base na fonte de legitimação externa - é uma questão de legitimação interna, admitindo-se a resposta formalista e legalista quia prohibitum – pune-se porque é proibido.

Desta maneira, com fulcro na defesa dos direitos e garantias fundamentais, não só as individuais, mas com mais razão, os direitos e garantias sociais, é possível reforçar a ideia de que o processo penal visto a luz do garantismo penal integral é mais um mecanismo legítimo para se alcançar o bem comum.

Por derradeiro, o garantismo integral, trata-se de uma questão de legitimação para que, as partes, atendido a defesa dos direitos de toda sociedade, satisfaça o interesse dos direitos fundamentais e atenda, dentro dos limites que conhecemos, a resposta mais eficiente diante do problema.

### 8.3 FALÁCIA POLÍTICA E FALÁCIA GARANTISTA

É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e colocar nele todos os princípios constitucionais existentes dotados de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores existentes, tais como as normas relativas ao Acordo de Não Persecução Penal.

Ardiloso é, e temos vivenciado isto na prática, modelar as técnicas legislativas e judiciárias idóneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados.

A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias de modo bastante que possa atender a proteção dos direitos e garantias de toda a sociedade e com isso possibilitar a convivência em grupo.

Esta não é mais uma questão jurídica, mas uma questão de fato, que diz respeito às condições externas nas quais evolui o direito. Com a lealdade institucional dos poderes públicos, notadamente aqui o Órgão Ministerial por se tratar de titular da ação pública, com a maturidade democrática das forças políticas e sociais e com o sustento prático oferecido ao sistema normativo das garantias.

No que espeque a falácia política, isto é, a ideia de que é bastante as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções, por óbvio, não se coadunam com a nossa realidade na seara do processo penal e do próprio direito material.

Não é difícil reconhecer nas duas falácias a expressão de outras tantas ideologias idealistas, viciadas ambas pela visão unidirecional trazida por aqueles que defendem o garantismo monocular.

A este despeito, a experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas somente intrínsecas ao direito, e, que, nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela sociedade com

esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico ainda que tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada.

Neste sentido, reitera-se neste ponto, que observar o garantismo de maneira proporcional é o modo mais próximo de se chegar ao mundo do dever ser e dar concretude aos direitos fundamentais.

## **9. LEGALIDADE E SUBMISSÃO À JURISDIÇÃO. GARANTIAS PROCESSUAIS E GARANTIAS PENAIS**

O conjunto das garantias penais é totalmente insatisfatório se não fosse acompanhado de uma doutrina proporcional de garantismo.

As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes, tais como a lesão ou a ameaça de lesão, a conduta e a culpabilidade, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. Entretanto, atribuir eficiência e eficácia a pena será o instrumento que nos fará caminhar na direção da defesa do mais justo.

É por isso que as garantias processuais, e em geral as normas que disciplinam a jurisdição, e às normas penais, caminham no mesmo sentido dos argumentos estruturantes do Acordo de Não Persecução, haja vista a sua sujeição a análise de um magistrado, que verificará e velará pela observância dos requisitos legais.

Em síntese, tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade.

A correlação entre garantias penais e processuais é o reflexo do nexo específico entre lei e processo em matéria penal. No plano lógico, antes de tudo, estrita submissão à jurisdição e estrita legalidade se pressupõem como norma cogente de um sistema penal.

No plano teórico, além disso, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe, necessariamente, como condições da prova, as garantias da materialidade, da ofensividade e da culpabilidade, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é por elas pressuposta.

Por fim, no plano teleológico, legalidade e submissão à jurisdição são complementares no que respeita à eficiência da prevenção que é própria do direito penal.

## 10. GARANTISMO PENAL INTEGRAL E TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No capítulo identifiquei uma conotação substancial de garantismo proporcional, cristalizado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, no presente caso concreto que se segue.

DIREITO CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. HOMOFOBIA E OMISSÃO LEGISLATIVA. STF. PLENÁRIO. ADO 26/DF. REL. MIN. CELSO DE MELLO; MI 4733/DF. REL. MIN. EDSON FACHIN. INFO 944.

1. ATE QUE SOBREVENHA A LEI EMANADA DO CONGRESSO NACIONAL DESTINADA A IMPLEMENTAR OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO DEFINIDOS NOS INCISOS XLI E XLII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, AS CONDUCTAS HOMOFÓBICAS E TRANSOFÓBICAS, REAIS OU SUPOSTAS, QUE ENVOLVEM AVERSÃO ODIOSA À ORIENTAÇÃO SEXUAL OU A IDENTIDADE DE GÊNERO DE ALGUÉM, POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO, COMPREENDIDO ESTE EM SUA DIMENSÃO SOCIAL, AJUSTAM-SE, POR IDENTIDADE DE RAZÃO E MEDIANTE ADEQUAÇÃO TÍPICA, AOS PRECEITOS PRIMÁRIOS DE INCRIMINAÇÃO DEFINIDOS NA LEI 7716/89, CONSTITUINDO, TAMBÉM, NA HIPÓTESE DE HOMICÍDIO DOLOSO, CIRCUNSTÂNCIA QUE O QUALIFICA, POR CONFIGURAR MOTIVO TORPE. [...]

A criminalização da homofobia pelo Poder Judiciário, coloca em prática o viés integral do garantismo, pois diante de uma ineficiência legislativa, andou o judiciário no sentido de assegurar a defesa dos direitos fundamentais de um grupo de indivíduos, e, portanto, da própria sociedade.

Neste sentido, observa-se o anteriormente exposto, pois, utilizando-se da proporcionalidade, conforme prega o garantismo integral, afasta-se a proteção insuficiente dos direitos fundamentais da sociedade em detrimento da tutela exacerbada que beira a liberdade selvagem daqueles que acham por bem discriminar indivíduos em uma sociedade por questões relacionadas a gênero e sexo.

Sem lugar a dúvida, aqui resta claro que o STF reconheceu como legítimo e adequado o direito penal e o processo penal para a proteção dos bens jurídicos constitucionalmente previstos.

Disto deflui que, o garantismo penal integral é mecanismo idôneo para

garantir efetividade ao direito protegido pelo constituinte originário.

Aqui, em face do desvalor da conduta criminalizada, estamos diante da utilização do garantismo proporcional para proteger um dos maiores primados do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana daquele grupo da sociedade que, sob os auspícios do garantismo monocular hiperbólico eram vitimados e não recebiam resposta alguma do Estado.

Podemos, neste ponto redefinir os direitos fundamentais, em contraposição a todas as outras situações jurídicas, como aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade.

Os direitos fundamentais não são ciáveis e dizem respeito a "todos" em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa. É esta sua igualdade e, ao mesmo tempo, este seu nexos com os valores da pessoa humana que consente em identificar-lhes a soma com a esfera da tolerância e as suas violações com a esfera do intolerável.

Para que serve, poderemos pensar, um modelo normativista que protege sequer o direito a igualdade, a dignidade de um grupo social ou até mesmo a própria sociedade?

Em todos os casos, entre igualdade jurídica e direitos fundamentais existe um distanciamento maior ou menor a depender de qual modelo processual se observa.

## CONCLUSÃO

Feito todo esse levantamento acerca do tema garantismo proporcional ou integral e os desafios do processo penal com relação a implementação desta doutrina, necessário se faz concluir que o direito penal e o processo penal contemporâneos necessitam, sim, de aperfeiçoamento, apartando-se da ideia de que estes são os causadores de violações dos direitos fundamentais.

Atualmente, a luz da doutrina monocular hiperbólica de garantismo, verifica-se uma persecução penal marcada por um tom exacerbado de que o direito penal e o processo penal desejasse um retorno a maximização da tutela penal. Não. O processo penal e o direito material, como anteriormente delineados não podem mais ser deslegitimados por supostos postulados garantistas, que nada mais são do que construções para se justificar a impunidade.

O garantismo em seu viés integral, nada mais é do que medidas assecuratórias conferidas ao cidadão e a sociedade, e, diante da antítese da liberdade do homem e o poder do Estado, tem-se que em um Estado Democrático de Direito é preciso rechaçar os dois extremos, o que é feito pelo garantismo integral, é dizer, o antiliberalismo (abuso no poder de punir) e a liberdade selvagem (regras ineficientes),

Tem-se o modelo de direito das liberdades regradas em que é possível o equilíbrio entre o respeito dos direitos fundamentais com a necessária limitação do poder do Estado que extrapole o efetivamente necessário e a ação firme do Estado para prevenir e reprimir os comportamentos que atentem contra as regras básicas de conduta em uma sociedade.

Neste sentido, a sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele.

A alternativa consensual, lastreada no exemplo legal do Acordo de Não Persecução, nos termos da exposição dos motivos feita ao longo do presente trabalho, não desconhece e nem desobedece aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal, e desde que limitado a possibilidade de sua

aplicação aos casos legalmente previstos, concretiza a aplicação do garantismo integral em nosso ordenamento jurídico.

A conclusão que se chega não constitui novidade para aqueles que advogam em prol de um garantismo proporcional, pois para estes o direito penal e o processo penal atua, no bojo da sociedade, como um mecanismo de controle da convivência social, com um propósito inicial de impedir que infrações penais ocorram no seio social e, em uma segunda análise, para atribuir uma sanção para aquele indivíduo que escolheu a prática delitiva.

Quando os demais mecanismos de controle social, a conclusão que se chega é, que, retirar a legitimidade do direito material e do processo penal como mecanismos legítimos de controle, nos faz caminhar num sentido de persecução penal meramente simbólico e absolutamente ineficaz.

A máxima efetividade inaugurada em nosso processo penal, atualmente a luz do Acordo de Não Persecução, deve ser sim, interpretado de maneira a ser compatibilizado com o Estado Democrático de Direito, somente sendo isto possível de ser atingido tendo como alicerce o garantismo penal proporcional, de modo a assegurar os direitos fundamentais do indivíduo violador contra eventuais excessos estatais, e, no mesmo passo, defender suficientemente os direitos fundamentais da sociedade.

Razão assiste para que, o garantismo, só seja instrumento legítimo quando observado em sua vertente integral ou proporcional. Garantir a eficiência da persecução penal, não é de modo algum a mesma coisa que desrespeitar os direitos fundamentais do indivíduo criminoso, é, sim, a forma de proteger os direitos fundamentais da sociedade.

Partindo do ponto que a ineficiência do processo penal trará graves reflexos na proteção dos direitos da sociedade, evidente e notório os prejuízos conforme assistimos hoje em nosso meio social, é acertadamente possível concluir que trazer eficácia e celeridade a persecução penal, dentre os mecanismos de regulação da convivência social, é a melhor maneira de se pensar em uma sociedade mais justa.

Destarte, a teoria do garantismo penal, lida aos olhos do constitucionalismo pós-moderno, nos permite chegar a diversas possibilidades de aplicação do direito penal e do processo penal, como aqui no presente



trabalho elencados, de modo a alcançar a efetividade necessária e a devida proteção dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo. Método 2018.

BRASILEIRO, Renato. **Curso de Processo Penal**. Niterói. Impetus 2013.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 75**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 35**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm). Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei 156/09**. Senado Federal. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 01 mar. 2019.

CAVALCANTE, José Robalinho. **ANPR apoia a implementação do modelo “plea bargain” no país**. 2019. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/noticia/5671>> Acesso em: 25 fev. 2019.  
CENTRAL. Planalto. **Código penal**. 2ª edição. Barueri: Manole, 2017. (LEGISLAÇÕES). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm). Acesso em: 23 fev. 2019.

CIVIL. Casa. **Lei Complementar Nº 25**. Lei Orgânica Do Ministério Público do Estado de Goiás. Superintendência de Legislação. Disponível em: [http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis\\_complementares/1998/lei\\_complementar\\_n25.htm](http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_complementares/1998/lei_complementar_n25.htm). Acesso em: 10 jan. 2019.

DE ASÚA, Jimenez, **Tratado de Derecho Penal**. Tomo III, Buenos Aires: Editorial Losada, 1963.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. 1ª edição. Petrópolis: Vozes, 1977.

FISCHER, Douglas. FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo penal integral**. 4. ed. Porto Alegre. Verbo Jurídico 2015.

GOMES, Luiz Flávio. FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 3 ed. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2002.

JURISPRUDÊNCIA. **Superior Tribunal de Justiça**. Pesquisa jurisprudencial. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 04 de maio de 2020.

JURISPRUDÊNCIA. **Supremo Tribunal Federal**. Pesquisa jurisprudencial. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 05 de maio de 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**: Esquematizado. 18. Edição. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo. Atlas 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO. C. N. **Resolução 181**. Dispõe sobre Acordo de Não Persecução. 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019.

MAPA. **Memória da Administração Pública brasileira**. 2019. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/282-codigo-de-processo-criminal-de-primeira-instancia-de-1832>>. Acesso em: 01 mar. 2019.