XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

DANI RUDNICKI

LUIZ BRÁULIO FARIAS BENÍTEZ

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Dani Rudnicki; Luiz Bráulio Farias Benítez; Thiago Allisson Cardoso De Jesus.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-639-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Ambiência de riscos e intensas rupturas com os marcos constitucionais e convencionais, a contemporaneidade brasileira afigura-se na efervescência de diversos paradigmas e teorias, influências para as políticas criminais que são (re)dimensionadas a partir de interesses e racionalidades, alguns declarados e outros implícitos, que se desdobram na forma como o Estado, estrutura-estruturante, lida com os problemas penais, compatibilizando-se ou não com os preceitos de base garantista-humanitária.

Nessa senda, afigura-se a presente obra coletiva como instrumento fecundo para publicização de pesquisas científicas, reunindo os artigos submetidos e aprovados ao Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II para apresentação no XXIX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito/CONPEDI, realizado no período de 07 a 09 de dezembro de 2022, na linda Balneário Camboriú/SC com esmero organizado a partir da cooperação interinstitucional de grandes IES e sediado na Universidade do Vale do Itajaí/Univali, campus de excelência internacional.

Na pauta, a compatibilidade do processo penal com os marcos constitucionais e com a perspectiva dos direitos humanos; bem como a sistematização de dados sobre pesquisas acadêmicas sobre encarceramento feminino no Brasil, olhando para o Sul e projetando discussões para o país e para o mundo. No compasso das urgentes discussões, a expansão do Direito Penal, a construção do inimigo e as estratégias de aniquilamento, do uso da dor e da estigmatização dos que estão em conflito com a lei penal; no viés do gênero, a análise do instituto da prisão preventiva em sede de encarceramento feminino no âmbito de um Tribunal de Justiça, retratando regionalmente um problema enfrentado nacionalmente, inovando na crítica e nas reflexões silenciadas e as análises em torno da Lei de Stalking como estratégia na proteção de mulheres em situação de violência.

Na construção das verdades, percepção de riscos e reflexões sobre o sistema de responsabilização penal do ente coletivo e as repercussões do pânico moral em contexto de processo penal midiático, espetacularizado e violador de direitos. Na toada da inovação e das novas pautas para o Sistema de Justiça Criminal, os fundamentos da seletividade dos

criminalizados no enfrentamento da questão da drogadição pelo sistema Penal; a investigação defensiva e as repercussões para a ampla defesa; e o uso da videoconferência para a realização da audiência de custódia sob a ótica dos atores envolvidos na procedimentalização. Ademais, contributos sobre as nuances da teoria do Bem Jurídico-Penal à partir da prestabilidade como categoria analítica na obra de Zaffaroni; notas sobre a implementação de acordo de não-persecução penal no âmbito da polícia civil brasileira; a configuração do engano qualificado no estelionato; e o reconhecimento da criminalidade na sua expressão global e suas emergências de cooperação internacional e uso de medidas extrapenais para contenção e enfrentamento.

Reunindo pesquisadores/as por excelência, vinculados às diversas Instituições de Ensino Superior - públicas e privadas, nacionais e estrangeiras; a presente obra que ora apresentamos demonstra a qualidade da pesquisa jurídica no Brasil no campo criminal bem como a audácia, o rigor científico e a vivacidade de autores/as em enfrentar temas necessárias para compreender, reflexivamente, os tempos atuais e desenvolver capacidades propositivas. De fato, pesquisar exige cuidados, sobretudo quando a pesquisa chega ao seu ápice! É nesse momento, então, que precisamos deixá-la ir, sem apegos e sem vaidades, inserindo-a no mundo concreto, real, carente de discussões, no qual a Academia, por meio de lutas e resistências, cumprirá o seu desiderato!

Viva o pensamento crítico e a produção de conhecimento engajado e inteligente de nosso país! Zelemos para que esse espaço seja sempre assim!

Prof. Dr. Dani Rudnicki

Universidade La Salle

danirud@hotmail.com

Prof. Dr. Luiz Bráulio Farias Benitez

Universidade do Vale do Itajaí

lbfbenitez@hotmail.com

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão, Universidade Ceuma/Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis e Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global/USAL-ES

t_allisson@hotmail.com

O PROCESSO PENAL SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E DOS DIREITOS HUMANOS

THE PENAL PROCEDURE IN THE CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Bruna Vidal da Rocha
Dani Rudnicki
Valdir Florisbal Jung

Resumo

O presente artigo se propõe a analisar o processo penal sob a perspectiva constitucional e dos direitos humanos. Para tanto, serão analisados os tratados internacionais e de direitos humanos, bem como fatos históricos nos quais os direitos humanos estiveram em evidência, a fim de demonstrar a existência desses direitos antes mesmo de que pudessem ser nomeados como tal. Na sequência, abordar-se-á a Constituição Federal como projeto de proteção do indivíduo criado para frear os possíveis abusos cometidos pelo poder estatal, conceituando e explicando as garantias processuais penais advindas de uma tentativa de um processo de redemocratização. O marco referencial teórico utilizado é a teoria do Garantismo, de Luigi Ferrajoli e o método de pesquisa é o de revisão bibliográfica. Ao final, conclui-se que o Processo Penal e suas garantias surgem como uma tentativa de frear os arbítrios do Estado, a fim de garantir ao sujeito a efetividade dos seus direitos.

Palavras-chave: Constituição federal, Direitos humanos, Estado, Processo penal, Proteção do indivíduo

Abstract/Resumen/Résumé

The presente paper proposes to analyze the criminal process from the constitutional and human rights perspective. For that, international and human rights treaties will be analyzed, as well as historical facts in which human rights were in evidence, in order to demonstrate the existence of these rights even before they could be named as such. Subsequently, the Federal Constitution will be approached as a project for the protection of the individual created to curb possible abuses committed by state power, conceptualizing and explaining the criminal procedural guarantees arising from an attempt at a redemocratization's process. The theoretical framework used is the theory of Guarantee, by Luigi Ferrajoli and the research method is the bibliographic review. In the end, it is concluded that the Criminal Procedure and its guarantees appear as an attempt to stop the wills of the State, in order to guarantee the effectiveness subject's rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal proceedings, Federal constitution, Human rights, Individual's protection, State

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é a de avaliar o processo penal na perspectiva constitucional e dos Direitos Humanos. Para tanto, serão analisados tratados internacionais, contextualizando-os historicamente a fim de compreender seu surgimento e evolução, bem como a sua importância dentro do direito. Além disso, serão trazidos fatos históricos em que os Direitos Humanos estiveram em evidência a fim de demonstrar a sua existência antes mesmo que pudessem ser denominados.

Assim, como marco referencial teórico utiliza-se a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli. A metodologia utilizada será a de revisão bibliográfica.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE

Os Tratados Internacionais surgem como uma fonte de direitos internacionais a serem respeitados universalmente e, por isso, são de extrema importância para a efetivação dos Direitos Humanos. Atualmente, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional, sendo que são aplicáveis apenas aos Estados-partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram em sua adoção. (PIOVESAN, 2013)

O tema de Direitos Humanos tem uma importância fundamental para a compreensão do fenômeno de Estado Democrático de Direito, cujo surgimento e evolução sempre estiveram relacionados a limitar o poder de intervenção do Estado na esfera individual. Após os movimentos socialistas e o Constitucionalismo, satisfazer as demandas coletivas a fim de realizar o valor da solidariedade social também pode ser vislumbrado como uma importante característica dos Direitos Humanos. Ainda, desde a ratificação pelo Brasil dos principais Tratados Internacionais relacionados aos Direitos Humanos, a matéria tem particular relevância para o direito público brasileiro.

Para a presente pesquisa, compreender-se-ão os Direitos Humanos como aqueles correspondentes ao conteúdo das declarações e Tratados Internacionais sobre o tema, justamente pela preocupação de analisar o conjunto de normas que traduzem os valores e inquietações relacionados como fundamentais para a existência digna dos seres humanos. (WEIS, 2012)

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm como fonte um campo recente do direito, denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que nasceu como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo Nazismo, ou seja, é o chamado Direito do pós-guerra. Assim, em meados do século XX, surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O presidente estadounidense Franklin Roosevelt usou pela primeira vez o nome Nações Unidas em 01 de janeiro de 1942, quando os representantes de 26 nações assumiram o compromisso de que seus governos continuariam lutando contra as potências dos Eixos durante a Segunda Guerra Mundial e, em 1945, após a ratificação da Carta das Nações Unidas pela China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, foi criada a Organização das Nações Unidas, que tinha como propósito básico: "reafirmar a fé nos Direitos Humanos fundamentais, na dignidade e valor da pessoa humana".[1] Três anos depois, sob a supervisão de Eleonor Roosevelt, presidente da Comissão de Direitos Humanos à época, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ela surge como um desdobramento da Carta da ONU de 1942; sem, entretanto, força de lei.

A Declaração enfatiza a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos Direitos Humanos. Universalidade porque reivindica a extensão universal dos Direitos Humanos, sob o argumento de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, único e digno, dignidade essa intrínseca à condição humana. Indivisível porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para que sejam observados os direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa, sendo assim, quando um deles é violado, os demais também o são; e interdependentes porque apenas o reconhecimento integral de todos os direitos poderá assegurar a existência de cada um deles, já que sem a existência de direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduziriam a meras categorias formais.

Assim, por mais que os Direitos Humanos sejam direitos inerentes a todos os seres humanos, tratam-se de conquistas realizadas ao longo dos anos e depois de muita luta em prol desses direitos. A contemporaneidade deles, por sua vez, é marcada justamente pela positivação dos direitos internacionalmente, o que possibilita a conversão em obrigações jurídicas de interesses fundados na formulação jusnatural da dignidade humana.

Nessa linha de abordagem, percebe-se que os Direitos Humanos não são estanques, não estão estagnados e que o seu processo de maturação segue em desenvolvimento. Ainda que tenha havido muitas conquistas de Direitos Humanos, após diversas lutas, a necessidade de

[1] NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A história da organização**. [S. I.: s. n.], [201?]. Disponível em: https://nacoesunidas.org/conheca/historia/. Acesso em: 20 fev. 2020.

protegê-los e trabalhar no sentido de efetivá-los continua sendo uma das principais preocupações e objetivos daqueles que se dispõem a estudar, lutar e garantir a efetividade de direitos que são inerentes a todos.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA ENQUANTO PROJETO DE PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO

A Constituição Federal de 1988, inspirada pelo ideal de mudança da realidade brasileira, previu a integração de normas de direito internacional dos Direitos Humanos à legislação interna, o que acabou por gerar novos direitos individuais, coletivos e difusos, bem como das correspondentes obrigações de ação ou omissão do Estado (WEIS, 2012)

Para que se possa compreender a história das Constituições brasileiras, é necessário perceber que elas tiveram como inspiração a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791. Para tanto, os fatos mais citados que serviram como marcos históricos para o surgimento de Constituições escritas foram a Reforma Protestante, a Reforma Industrial e a Revolução Francesa (WOLKMER, 2019).

O Constitucionalismo, que deu a base para o que se chama hoje de Constituição, surgiu a partir das teorias Iluministas. Os burgueses, que governavam as cidades, conseguiam privilégios com a monarquia e, em um conjunto de forças, foram acabando com o feudalismo, dando início ao surgimento das monarquias absolutistas, nas quais o poder ficava centralizado na mão do Rei. Assim, foram se formando os Estados absolutistas.

A Revolução Francesa, por sua vez, ocorrida em 1789, aparece para introduzir uma nova relação do Estado com a sociedade, demonstrando a *implicação política* da modernidade.[2] A situação da França era de extrema injustiça social, sendo um país governado por um Estado absolutista, no qual o poder se mantinha nas mãos do monarca. O rei governava com poderes absolutos, controlando a economia, justiça, política e até mesmo a religião dos súditos. A insatisfação popular era tão grande que o povo decidiu ir às ruas com o objetivo de retirar o poder do Rei Luis XVI. O primeiro alvo dos revolucionários foi a Bastilha, que era a prisão política dos que fossem oposição às ordens da monarquia (WOLKMER, 2019).

[2] CUNHA, José Ricardo. Modernidade, pós-modernidade e emancipação na perspectiva da ética da alteridade. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1313-1362, Set. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000301313&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 jul. 2019.

Esse movimento teve como resultado, portanto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, quando os poderes feudais foram cancelados pela Assembleia Constituinte. Foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que surgiram significativos movimentos sociais de garantia de direitos individuais, além de maior participação política do povo. Direitos esses que se tornariam o embasamento das futuras Constituições (CANOTILHO, 2003).

A história das Constituições no Brasil conta com sete versões, uma no Império, em 1824 e seis na República, em 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988 (VILLA, 2011). Nossa primeira Constituição, surgiu com o processo de Independência, quando o Imperador Dom Pedro I resolveu permanecer no Brasil. Nesse período, em Portugal, estava sendo redigida uma Constituição, que serviria para todo o Império, incluindo o Brasil. Com a Independência do Brasil, em setembro, a primeira tarefa da Assembleia Constituinte era a de redigir uma constituição. Essa Constituição, de 1824, foi a que por mais tempo permaneceu em vigência, até 1891, não necessariamente pelas suas qualidades, mas pelas características do regime imperial (VILLA, 2011).

O Tribunal do Júri estava presente na Constituição do Império de 1824, em seu artigo 151, que dispunha a independência do poder judicial e a composição por Juízes e Jurados, que teriam lugar tanto no cível quanto no crime, aos casos e pelo modo que os códigos determinassem.[3] Aqui, cumpre salientar que os Jurados julgavam inclusive as causas cíveis e não apenas as penais.

Após a Proclamação da República, mudanças significativas no sistema político e econômico do país foram ocorrendo, com a abolição do trabalho escravo, ampliação da indústria, deslocamento de pessoas do meio rural para os centros urbanos e o surgimento da inflação. As principais inovações da Constituição desse período, a de 1891 foram a instituição da forma federativa de Estado e da forma republicana de governo, independência dos poderes executivo, legislativo e judiciário e criação de sufrágio com menos restrições, ainda que os mendigos e analfabetos fossem impedidos de votar. A separação da Igreja e do Estado também foi uma mudança significativa. Outra mudança importante foi a criação do *habeas corpus*, a fim de proteger aqueles que estivessem sofrendo violência ou coação em seu direito de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.[4] (VILLA, 2011).

[3] BRASIL. **Constituição Politica do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília, DF: Presidência da República,1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.
[4] PONTUAL, Helena Daltro. **Constituições brasileiras**. In: Senado Notícias. Brasília, [201?]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras. Acesso em: 19 fev. 2020.

Na Constituição Republicana, então, o art. 72, §31 manteve o Júri e, pouco antes, no Decreto nº 848 de 1890, havia sido criado o Júri Federal, constituído por doze Jurados e, ao que se sabe, de vida efêmera (TOURINHO FILHO, 2009).

Em 1934, em um país presidido por Getúlio Vargas, uma nova Assembleia Constituinte foi instalada. A segunda Constituição da República, portanto, traz a marca das diretrizes sociais (VILLA, 2011), criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho e, com isso, também alguns direitos trabalhistas. Foi instituído também o mandado de segurança e a ação popular.[5] A Constituição de 1934 preservou o Júri em seu art. 72, § 31.[6]

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934 e outorgou ao país a Carta Constitucional do Estado novo, que possuía inspirações fascistas, suprimindo partidos políticos e concentrando o poder na mão do chefe supremo do Executivo. Entre as principais medidas adotadas, destacam-se a pena de morte, supressão da liberdade partidária e da liberdade de imprensa, revogação dos Poderes Legislativo e Judiciário, restrição das prerrogativas do Congresso Nacional, permissão para suspensão de imunidade parlamentar, prisão e exílio de opositores do governo e eleição indireta para presidente da República com mandato de seis anos (VILLA, 2011). Aqui, embora o Decreto-Lei 167 de 1938 tivesse mantido a existência do Júri, a Constituição de 1937 foi omissa a seu respeito.[7]

A próxima Constituição a surgir foi a de 1946, que retomou a linha democrática de 1934 e foi promulgada de forma legal, após as deliberações do Congresso recém-eleito, que assumiu as tarefas de Assembleia Nacional Constituinte. Nessa Constituição, foram restabelecidos os direitos individuais, de liberdade religiosa e de liberdade de expressão. Também foi abolida a pena de morte e foi devolvido ao Executivo e ao Legislativo a sua independência, restabelecendo o equilíbrio desses poderes. O mandato para Presidente da República foi reduzido para 5 anos e foi instituída a eleição direta.[8] Nela, o Júri foi restabelecido com todo vigor, garantindo-se expressamente a soberania dos vereditos.[9]

---

[5] PONTUAL, Helena Daltro. **Constituições brasileiras**. In: Senado Notícias. Brasília, [201?]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras. Acesso em: 19 fev. 2020.
[6] BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.
[7] BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.
[8] PONTUAL, Helena Daltro. **Constituições brasileiras**. In: Senado Notícias. Brasília, [201?]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras. Acesso em: 19 fev. 2020.
[9] BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **1946**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. (Constituições Brasileiras, v. 5). Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequence=9&isAllowed=y. Acesso em: 19 fev. 2020.

A Constituição seguinte, que teve seu surgimento no contexto do autoritarismo e na política da chamada segurança nacional, e visava a combater inimigos internos ao regime – os chamados subversivos –, foi a de 1967. O Regime Militar instalado em 1964 conservou o Congresso Nacional, mas comandava o Poder Legislativo. Assim surge a Constituição de 1967, aprovada pelos parlamentares e promulgada em 24 de janeiro. Essa Constituição manteve a Federação expandindo a União e adotou a eleição indireta para Presidente da República (VILLA, 2011). E aqui, o Júri foi mantido conforme a Constituição anterior, porém houve a retirada do texto de qualquer menção à soberania.[10]

Essa Constituição foi emendada por sucessivas expedições de Atos Institucionais (Ais) – de 1964 a 1969 foram 17 – que serviram como legitimação e legalização de ações políticas dos militares, concedendo-lhes poderes extraconstitucionais. Entre eles, o AI-5, de 13 de dezembro de 1968, foi um instrumento que deu poderes absolutos ao Regime Militar e, consequentemente, fechou o Congresso Nacional por quase um ano e suspendeu os mandatos de senadores, deputados e vereadores. Entre outras medidas, destacam-se: "suspensão de qualquer reunião de cunho político; censura aos meios de comunicação, estendendo-se à música, ao teatro e ao cinema; suspensão do *habeas corpus* para os chamados crimes políticos; decretação do estão de sítio pelo Presidente da República em qualquer dos casos previstos na Constituição; e a autorização para intervenção em estados e municípios".[11]

Em 27 de novembro de 1985, quando já havia sido extinto o Regime Militar, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, por meio da emenda constitucional 26, com a finalidade de elaborar novo texto constitucional que expressasse a realidade social que vivia o país em um processo de redemocratização.

A Constituição de 5 de outubro de 1988, vigente até os dias atuais, inaugurou uma nova estrutura jurídico-institucional no país, ampliando as liberdades civis e os direitos e garantias individuais. A nova Carta estabeleceu cláusulas transformadoras com o objetivo de alterar relações econômicas, políticas e sociais. Estabeleceu direitos trabalhistas, direito à greve, cria o mandado de injunção, de segurança coletivo, restabeleceu o *habeas corpus.*

Assim, a Constituição de 1988, diferentemente das anteriores, pretendeu radicar duas ideias básicas: a de ordenar, fundar e limitar o poder político e a de reconhecer e garantir os

[10] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF, Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.
[11] PONTUAL, Helena Daltro. **Constituições brasileiras**. In: Senado Notícias. Brasília, [201?]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras. Acesso em: 19 fev. 2020.

direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades (CANOTILHO, 2003).

Compreende-se, portanto, com base em todo o exposto acerca das Constituições que surgiram ao longo dos anos, que alguns dos direitos e garantias constantes na Constituição Federal de 1988 já existiam nas anteriores, mas surgem com mais força na de 88 não apenas para serem um rol de direitos, mas com o espírito redemocratizador e com o intuito de garantir a efetivação desses direitos. Ou seja, a Constituição tem um papel fundamental dentro de um Estado Democrático de Direito e não pode ser vista apenas como um pedaço de papel, mas sim como um instrumento rígido de limitação do poder e com força normativa.

Nesse sentido, o Tribunal do Júri, centro de pesquisa do presente trabalho, esteve presente ao longo do período dentro das Constituições em diversos "lugares", alternando-se entre o Capítulo de Direitos e Garantias Fundamentais e o Capítulo de Organização do Poder Judiciário. Esse é um dos motivos pelos quais se questionam as suas características. Se compreendido como um direito/garantia fundamental, é passível de disponibilidade, como veremos nos tópicos a seguir. Entretanto, se compreendido como um órgão do poder judiciário, deixaria de ser direito fundamental para fazer parte de uma regra de competência, a qual também possui suas exceções.

4 DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

Em um primeiro momento, faz-se necessária a distinção entre garantias e direitos, para que não se incorra no equívoco de utilizá-los como sinônimos. Direito significa uma norma de conteúdo declaratório, que declara a existência de um interesse, de uma vantagem etc., enquanto garantia é uma norma de conteúdo assecuratório, que pretende assegurar, garantir, como o próprio termo diz, a efetivação de um direito declarado. Assim, garantias são também direitos, embora muitas vezes salientem um caráter instrumental de proteção dos direitos (CANOTILHO, 2003).

Dessa forma, é possível dizer que as Leis, Constituições e Tratados Internacionais estão repletos de direitos, de normas positivadas, mas para que eles sejam efetivamente assegurados, precisa-se das garantias e, portanto, este tópico debruçar-se-á no estudo das garantias processuais penais e os princípios que as envolvem, conceituando e explicando aqueles que regem o processo penal e estão ou não previstos na Constituição Federal.

Os princípios servem para dar sentido e norte a um sistema jurídico, possuindo destaque na posição normativa. Não seria exagero afirmar que eles também estruturam e fundam o

sistema, sendo “a proposição constitutiva de ponto de partida de um sistema” (TUCCI, 2002). Os princípios, portanto, possuem uma função estruturante no sistema jurídico, e exatamente por isso são fundamentos para as regras (CANOTILHO, 2003). Embora a aplicação das regras seja direta e de mais fácil compreensão, seria incorreto subordinar princípios às regras ou rebaixá-los apenas a lacunas da Lei, pois são eles que estão no topo da pirâmide normativa, são normas jurídicas e não simplesmente recomendações pragmáticas. A lesão a um princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, pois sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades (SEMER, 2014).

Começamos o estudo lembrando que a teoria que oferece embasamento e sustentação para o problema de pesquisa do presente trabalho chama-se garantismo penal e foi elaborada por Luigi Ferrajoli (1997). Ela se traduz na necessidade de compreender a Lei com uma interpretação que garanta a efetividade de direitos individuais e coletivos dentro de um Estado Democrático de Direito. Segundo o autor, o garantismo penal possui dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si. Esses axiomas, segundo Ferrajoli, se traduzem, respectivamente, em:

a) Princípio da retributividade ou da sucessão da pena em relação ao delito;
b) Princípio da legalidade;
c) Princípio da necessidade ou de economia do direito penal;
d) Princípio da lesividade ou da ofensividade do ato;
e) Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
f) Princípio da jurisdição;
g) Princípio da carga probatória de verificação;
h) Princípio do contraditório e ampla defesa. (FERRAJOLI, 1997)

O garantismo penal pode ser entendido sob três perspectivas distintas, entretanto, complementares. A primeira delas diz respeito a um modelo normativo de direito, o modelo de estrita legalidade, que se caracteriza como um sistema de poder mínimo no plano político como uma técnica de tutela capaz de diminuir a violência e maximizar a liberdade e, no plano jurídico, um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado como forma de garantir os direitos dos cidadãos. Em uma segunda perspectiva, o garantismo significa uma teoria jurídica de validez e de efetividade como categorias distintas não apenas entre elas, mas também a respeito da sua existência ou vigência. Nesse sentido, a palavra garantismo expressa a aproximação teórica que mantém separadas as palavras “ser” e o “dever ser”. E por último, em um terceiro sentido, garantismo designa uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado uma justificativa ético-política de suas decisões. Nesse último sentido, o garantismo pressupõe

a doutrina laica de separação entre direito e moral, validade e justiça e ponto de vista interno e externo na valoração do ordenamento (FERRAJOLI, 1997).

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, foi escrita com um ideal garantista. Entretanto, ainda que os princípios garantidores do processo penal estejam previstos, nem todos são efetivamente assegurados. É o que Ferrajoli (1997) explicou sobre a diferença do "ser" e o "dever ser". Não é apenas porque temos a previsão de garantias escritas que elas efetivamente são asseguradas. Vale lembrar, também, que apesar da Constituição Federal ter surgido com o ideal garantista, o Código de Processo Penal é de 1941, sendo anterior às ideias de proteção da parte mais fraca dentro do processo, o réu e de garantias de direitos.

Os dez axiomas/princípios fundantes do modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, citados anteriormente, são as regras fundamentais do jogo no direito penal e para que haja uma melhor compreensão a esse respeito explicar-se-á cada um deles a seguir:

a) Princípio da retributividade penal ou da sequencialidade da pena em relação ao delito: é o primeiro princípio citado ao explicar os axiomas do garantismo e significa que não há pena sem crime. Ou seja, é necessário que haja um crime anteriormente cometido e definido e uma pena para preestabelecida para ele;

b) Princípio da legalidade: significa que não há crime sem Lei anterior que o defina. Assim, o crime só existirá quando uma Lei definir um ato como criminoso;

c) Princípio da necessidade ou da economia do direito penal: significa que não deve haver Lei penal sem que haja necessidade no sentido de que o direito penal deve aparecer apenas quando não há outra forma de resolução do conflito;

d) Princípio da lesividade ou ofensividade do ato: se traduz na ideia de que nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie um conflito jurídico entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo;

e) Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação: significa que nenhum dano, por mais grave que seja ou possa parecer, pode ser estimado penalmente relevante senão como efeito de uma ação. Portanto, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores.

f) Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal: significa que a pena só poderá ser imposta a quem, agindo com dolo ou culpa e merecendo juízo de reprovação, cometeu um fato típico e antijurídico;

g) Princípio da jurisdicionariedade: impõe que a matéria fiquei submetida ao crivo do poder judicial, ou seja, a ideia de que não há culpa sem processo e é o poder judiciário o responsável por esse processo;

h) Princípio acusatório ou da separação entre Juiz e acusação: significa dizer que o sistema processual penal a ser adotado deve ser o sistema acusatório, segundo o qual o Juiz exerce a atividade de expectador dentro do processo e, à acusação, lhe cabe o papel de apresentar provas no sentido de que sejam comprovados os fatos pelos quais o acusado está sendo processado;

i) Princípio do ônus da prova ou da verificação: determina que o réu tem direito de produzir provas. Entretanto, cumpre salientar que ele é considerado inocente até prova em contrário e é a acusação quem deve produzi-la para comprovar sua culpabilidade;

j) Princípio do contraditório e ampla defesa, um dos mais importantes para o estudo do problema de pesquisa aqui presente e será analisado de forma mais ampla a seguir.

O direito de defesa integra a condição humana e é objeto de constantes regulamentações, tanto na norma convencional quanto na constitucional e ordinária. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 estabelece, em seu art. XI.1 que:

> Toda a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a Lei, em julgamento público, no qual tenham sido asseguradas todas as garantias a sua defesa.[12]

O Convênio Europeu à Proteção dos Direitos Humanos, de 1950, em seu art. 6.2,c determina que toda pessoa tem o direito a defender-se por si mesma ou a ser assistida por um defensor ou, não possuindo meios de pagá-lo, ser assistida gratuitamente por um advogado de ofício. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu art. 14.3 reconhece que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor da sua escolha e de ser informado, caso não tenha defensor, do direito de tê-lo, sempre que a justiça assim exija. A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8º elenca várias garantias judiciais relacionadas com a ampla defesa, por exemplo: direito de ser ouvido, direito ao intérprete, à ciência prévia da acusação, a um tempo para preparar a defesa, à autodefesa, a constituir um defensor ou ser-lhe destinado um pelo Estado. E, em se tratando do Tribunal do Júri, há uma potencialização

[12] NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 19 fev. 2020.

da garantia, na medida em que a Constituição Federal assegura a plenitude de defesa (GIACOMOLLI, 2016).

Por ampla defesa, portanto, entende-se o direito que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem levar ao processo todos os elementos que possam esclarecer a verdade ou mesmo o direito de permanecer calado, se necessário. Entre as cláusulas que integral a garantia constitucional à ampla defesa está a necessidade de defesa técnica no processo, a fim de que seja garantida a paridade de armas entre as partes e evite-se o desequilíbrio processual – um possível gerador de desigualdades e injustiças (MORAES, 200).

A plenitude de defesa, por sua vez, expressa na Constituição Federal como um dos direitos a serem assegurados no Tribunal do Júri significa uma defesa que vai além da ampla defesa. Correto dizer que não existe autêntico devido processo legal se não forem assegurados, aos acusados, o contraditório e a ampla defesa. Entretanto, quando se tem a *plenitude de defesa* assegurada, equivocada seria a interpretação de que o legislador apenas se equivocou e repetiu o direito à ampla defesa com outras palavras. Pleno significa completo, perfeito, absoluto, enquanto amplo é algo vasto, largo, copioso. Somente por essas questões já se poderia visualizar a intencional diferenciação dos termos. O que se busca na plenitude de defesa é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em Lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Busca-se a defesa perfeita, dentro das limitações naturais dos seres humanos, obviamente. O réu em um processo comum tem direito à defesa técnica, sem dúvida, mas se essa defesa não for suficientemente boa, nem sempre o Juiz irá declarar o réu indefeso, nomeando-lhe outro advogado. Já no rito do Tribunal do Júri, é dever do Juiz presidente estar atento a essa defesa e, se for o caso, declarar o réu indefeso e abrir prazo para que ele constitua outro advogado. Trata-se de previsão do Código de Processo Penal e de garantia para que nenhum direito do réu seja cerceado ou prestado de maneira insuficiente (NUCCI, 2015). Nesse sentido:

> A Constituição da República assegura a todos os acusados a ampla defesa e os recursos a ela inerentes e, no caso do Júri, vai além, assegurando a plenitude de defesa: art. 5.º, XXXVIII – é reconhecida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a Lei, assegurados: a) a plenitude de defesa. (...) Primeiramente, é de extrema importância, nesta questão, estabelecermos a diferença entre plenitude de defesa e ampla defesa, ambas previstas constitucionalmente, pois, apesar de parecer mera repetição ou reforço hermenêutico por parte do constituinte, estes termos não são sinônimos (...). Fica clara a intenção do constituinte ao conceder ao réu, no Júri, além da ampla defesa outorgada a todo e qualquer réu, em qualquer processo, cível, administrativo ou criminal, a plenitude de defesa, privilegiando-o em relação à

> acusação, pois ele é a parte mais fraca da relação" (Ap 1.0155.03.004411-1,3.ª C., j. 02.05.2006, v. u. rel. Jane Silva).[13]

A ampla defesa e a plenitude de defesa, portanto, claramente possuem diferenças entre si. A plenitude de defesa permite, por exemplo, que o advogado, no Tribunal do Júri, invoque argumentos não apenas jurídicos, mas que também podem tentar despertar o lado psicológico dos Jurados, usando argumentos sociológicos, políticos, religiosos, morais etc., não apenas com as questões legais dos fatos apresentados, e esse é um dos motivos pelos quais o Tribunal do Júri é composto por Juízes leigos, a fim de que eles possam julgar não apenas com a Lei, mas também com seus sentimentos. Não se discute aqui a concordância ou não dessa regra do Júri, mas apenas uma das premissas que definem os princípios atinentes ao julgamento.

A plenitude de defesa recebeu, também, status de direito fundamental, para determinar que o acusado da prática de crime doloso contra a vida tenha efetiva e plena defesa. A obediência a esse preceito impõe que o Juiz-Presidente, em sessão do Júri, dissolva o Conselho de Sentença e interrompa o julgamento quando perceber que a defesa do réu é insuficiente (NASSIF, 2009).

Nesse sentido, o processo penal é interpretado como uma garantia não apenas de direitos fundamentais, mas de Direitos Humanos, eis que protege as partes processuais conferindo-lhes direitos e, principalmente, o direito à ampla defesa, que além de previsão Constitucional, possui previsão internacional na Declaração Universal de Direitos Humanos. O garantismo penal, portanto, é a mais ampla e acertada teoria a ser seguida a fim de que se limite os possíveis arbítrios estatais na persecução penal e se garantam os direitos de um julgamento justo e digno a toda pessoa humana.

5 A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL: UM INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DO PODER

As Constituições e os documentos que foram surgindo ao longo da história apareciam com a intenção de limitação do poder real e acabaram por se tornar fundamentais, no período moderno. Significavam os limites Estatais e passaram a ser conferidos em um documento escrito, no intuito de proteger o indivíduo. Começava então a construção de proibições do poder de punir do Estado. As proibições a tais arbítrios não se esgotaram apenas na questão de

[13] Minas Gerais. Tribunal de Justiça (3º Câmara Criminal). **Ap 1.0155.03.004411-1/0021**. Relatora: Min. Jane Silva, 02 de maio de 2006. Diário do Judiciário eletrônico, 21 de maio de 2006.

punir. Ao longo do tempo foram sendo construídos direitos, liberdades e garantias, fazendo com que fosse possível, inclusive, atingir a ideia de sufrágio universal (WOLKMER, 2019).

Com a existência de documentos que limitassem o poder estatal de punir, o processo penal passou a existir, sendo um instrumento de proteção dessas garantias, não só de liberdade, mas de outros direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, direito de ir e vir etc. Aqui tem-se, portanto, a chamada instrumentalidade constitucional. O processo nasce para proteger o indivíduo, garantir o devido processo legal e a ampla defesa. A ideia é de que o indivíduo seja acusado, processado e julgado da maneira mais justa possível, para que, por fim, possa ser-lhe aplicada uma sanção adequada (LOPES JÚNIOR, 2019).

A instrumentalidade do processo penal se dá no fato de que ao comparar as normas penais com outras normas jurídicas, percebe-se que há um comportamento proibido ou imperativo e a sanção vem do poder do Estado, que irá aplicar a pena. Não é possível a aplicação dessa sanção sem o prévio processo, nem mesmo se o acusado consentir, pois ele não poderia se submeter à pena sem prévio processo, senão por meio de um ato judicial *(nulla pena sine iudicio).* Cumpre salientar que a instrumentalidade do processo não significa dizer que ele tem a única pretensão de ser um instrumento a favor da pretensão acusatória, mas além da pretensão acusatória, serve como instrumento à serviço da realização do projeto democrático e assim, tem a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual (LOPES JÚNIOR, 2019).

E é na finalidade constitucional-garantidora do processo que se encontra a instrumentalidade constitucional garantista do processo penal, ou seja, é necessário que o processo sirva como um meio de garantir os direitos do acusado, proporcionando a ele um julgamento justo e imparcial e, também, como um meio de frear e impedir quaisquer possíveis arbitrariedades estatais. Essas são as duas principais características da instrumentalidade processual constitucional. Constitucional porque a Constituição Federal garante ao acusado a presunção de inocência no art. 5º e também o direito de liberdade quando assegura que ninguém será preso até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

E ainda falando em princípios, tratando-se do princípio da presunção de inocência, relembra-se que ele teve seu surgimento no final do século XVIII, na época do Iluminismo, momento em que havia a necessidade de ir contra o sistema processual inquisitório vigente. Naquele período e sistema, o acusado não detinha qualquer garantia fundamental, sendo necessário resguardar o cidadão da arbitrariedade estatal, que buscava a condenação do acusado a qualquer custo, julgando-o culpado, até que fosse provado o contrário – exatamente o oposto do que é trazido pela presunção de inocência. Com a Revolução Francesa nasce, então, a

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo 9º trazia: "[...] Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para efetuar, deve ser severamente reprimido pela Lei" (RANGEL, 2019).

Ferrrajoli (1997), ao tratar das garantias procedimentais constitucionais assevera que o que distingue o processo da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos cruéis de "justiça" é o fato de que ele persegue duas diferentes finalidades: a punição dos acusados e a tutela dos inocentes. Assim, compreender o processo como o instrumento para a busca da condenação seria incorrer em grave erro, na medida em que o processo possui a finalidade de satisfação da persecução penal, mas também a de defesa dos direitos e garantias do acusado e, ignorar essa finalidade protetiva, seria colocar de lado direitos fundamentais como liberdade e ampla defesa. Neste sentido:

> El proceso es el instrumento de que se sirve la jurisdicción para realizar su específica atividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La realizacion de la actividad jurisdicional del Estado, fin objetivo y transcendente de todo proceso, es, como veíamos, comum a los diversos tipos de processos que existen. Divergen, sin embargo, en su estrutura y contenido, ya que em cada uno de ellos aquella atividad se concreta de diversa manera, en función de la naturaliza de la norma jurídica que en cada caso se actúa. (CÓRDON MORENO, 2002) [14]

O sistema penal não pode ser objeto de uma análise estritamente jurídica, sob pena de ser minimalista, até porque ele não existe de maneira isolada, imune a movimentos sociais, políticos e econômicos. A violência é um fato complexo decorrente de vários fatores sociais. Assim, o processo exige uma abordagem interdisciplinar, ou seja, por vários ângulos e recorrendo a diferentes campos do saber (LOPES JÚNIOR, 2019). A pena não é a única função do direito penal e, antes de servir para a aplicação da pena, o processo serve ao direito penal. Uma função tão importante quanto a função de punir, se não ainda mais, é a função de proteger o indivíduo e seus direitos.

Ademais das penas e do processo, o Código de Processo Penal, datado de 1941, tem como uma de suas características principais o princípio da indisponibilidade da ação penal. Esse princípio é uma decorrência do princípio da obrigatoriedade, na medida em que, uma vez iniciado o inquérito policial ou o processo penal, os órgãos responsáveis pela persecução

[14] O processo é o instrumento do qual se utiliza a jurisdição para realizar sua específica atividade de julgar e fazer com que se execute o que foi julgado. A realização da atividade jurisdicional do Estado, fim objetivo e transcendente de todo processo, é, como víamos, comum aos diversos tipos de processo que existem. Divergem, entretanto, na sua estrutura e conteúdo já que em cada um deles aquela atividade se concretiza de maneira diferente, em função da natureza da norma jurídica que se atua em cada caso. (tradução livre)

criminal não podem mais dela dispor. Por exemplo: o delegado não pode arquivar os autos do inquérito e o Ministério Público não pode desistir do processo (TÁVORA, 2012).

Isso significa dizer que, mesmo em algum caso em que autor e réu concordassem em não prosseguir com a ação penal pública, quando ela já estivesse na fase judicial, não poderia haver juízo de retratação. Esse é o princípio que impera dentro de todo Código de Processo Penal, mas que vem sendo rediscutido em razão da questão da justiça negocial.

O Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal traz como um dos princípios basilares da ação penal o princípio da disponibilidade da ação, contrariando o código atual e compreendendo que sim, quando houver acordo entre as partes pelo não prosseguimento da ação, o Ministério Público poderia deixar de prosseguir com a ação penal. Essa discussão dá abertura inclusive para os crimes violentos, o que faz com que seja possível repensar o rito do Tribunal do Júri, abrindo, mais uma vez, um forte argumento que serve de apoio ao problema da presente pesquisa.

6 CONCLUSÃO

A teoria que concedeu embasamento e sustentação para o problema de pesquisa do presente trabalho foi a do garantismo penal, fomentado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, que se traduz na necessidade de compreender a Lei com uma interpretação que garanta a efetividade de direitos individuais e coletivos dentro de um Estado Democrático de Direito e, inclusive, de proteção aos Direitos Humanos, baseado no direito de ampla defesa, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Analisou-se, portanto, o garantismo penal sob o viés de três principais perspectivas, sempre complementares e adicionais. A primeira delas é vinculada a um modelo normativo de direito, o modelo de estrita legalidade, que se caracteriza como um sistema de poder mínimo no plano político como uma técnica de tutela capaz de diminuir a violência e maximizar a liberdade; e, no plano jurídico, um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado como forma de garantir os direitos dos cidadãos.

Com isso, já se abre a segunda perspectiva: o garantismo significa uma teoria jurídica de validez e de efetividade como categorias distintas não apenas entre elas, mas também a respeito da sua existência ou vigência. Nesse sentido, a palavra garantismo expressa a aproximação teórica que mantém separadas as palavras “ser” e o “dever ser”.

Por fim, em um terceiro sentido, garantismo designa uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado uma justificativa ético-política de suas decisões, pressupondo, dessa

forma, a doutrina laica de separação entre direito e moral, validade e justiça e ponto de vista interno e externo na valoração do ordenamento.

Diante dessa base, pode-se analisar que a Constituição Federal de 1988, por exemplo, foi escrita com um ideal garantista. No entanto, ainda que os princípios garantidores do processo penal estejam previstos, nem todos são efetivamente assegurados. É o que Ferrajoli explicou sobre a diferença do "ser" e o "dever ser". Não é apenas porque se tem a previsão de garantias escritas que elas efetivamente são asseguradas. Vale lembrar, também, que apesar da Constituição Federal ter surgido com o ideal garantista, o Código de Processo Penal é de 1941, sendo anterior às ideias de proteção da parte mais fraca dentro do processo, o réu, e de garantias de direitos.

7 REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **1946**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. (Constituições Brasileiras, v. 5). Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequence=9&isAllowed=y. Acesso em: 19 fev. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 11.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF, Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição Politica do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília, DF: Presidência da República,1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003. p. 57

CÓRDON MORENO, Faustino. **Las garantias constitucionales del proceso penal**. 2. ed. Navarra: Aranzadi: 2002. p. 33

CUNHA, José Ricardo. Modernidade, pós-modernidade e emancipação na perspectiva da ética da alteridade. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1313-1362, Set. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000301313&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 jul. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 1997. p. 93.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boite ux, 2009. p.24.
GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas; 2016. p. 143.

LAFER, Celso. **História da declaração por Celso Lafer**. In: 1948: Declaração Universal dos Direitos Humanos. [S.I], [2018]. Disponível em: https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/historia-da-declaracao-por-celso-lafer/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-19481/. Acesso em: 19 fev. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (3º Câmara Criminal). **Ap 1.0155.03.004411-1/0021**. Relatora: Min. Jane Silva, 02 de maio de 2006. Diário do Judiciário eletrônico, 21 de maio de 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 265-266.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A história da organização**. [S. I.: s. n.], [201?]. Disponível em: https://nacoesunidas.org/conheca/historia/. Acesso em: 20 fev. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **O que são os direitos humanos?** [S. I.: s. n.], [201?]. Disponível em: https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/. Acesso em: 19 fev. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 19 fev. 2020.

NASSIF, Aramis. **O novo Júri brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 24.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 23-26.

PIOVESAN, Flávia. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. p. 8

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2013. p.105

PIOVESAN. Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2000. p. 86/87.

PONTUAL, Helena Daltro. **Constituições brasileiras**. In: Senado Notícias. Brasília, [201?]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras. Acesso em: 19 fev. 2020.
RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 23-24.

REMOND, René. Introdução à história de nosso tempo. O século XIX 1815-1914. Tradução de Frederico Pessoa de Barros. São Paulo: Cultrix, 1974. p. 103-104.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. (Coleção Para Entender Direito). p. 29

TÁVORA, Nestor; ROCHA JUNIOR. Francisco Monteiro; PACHECO FILHO, Vilmar Velho. **Direito processual penal.** Curitiba: IESDE Brasil, 2012. p. 22

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4. p. 83.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo Penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 224.

UNITED STATES. **Bill of Rights of the United States of America (1791)**. In: Bill of Rights Institute, Arlington, 2019. Disponível em: https://billofrightsinstitute.org/founding-documents/bill-of-rights/. Acesso em: 19 fev. 2020

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais. Uma Leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2006. p. 36.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras**: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo, Leya: 2011. p. 10.

WEIS, CARLOS. **Direitos humanos contemporâneos**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 23.

WHAT are human rights? [S. I.:s. n.], [2011]. 1 vídeo (3 min). Publicado pelo United for Human Rights. Disponível em: http://www.humanrights.com. Acesso em: 19 fev. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito: tradição no ocidente e no Brasil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 25.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro - I**. Rio de Janeiro. 4. ed. Revan, 2017. p. 602