

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

VANESSA CHIARI GONÇALVES

JORGE BHERON ROCHA

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Jorge Bheron Rocha; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Vanessa Chiari Gonçalves. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-858-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 16 de novembro de 2023, durante XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado na cidade de Fortaleza-CE, no Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023, com o tema ACESSO À JUSTIÇA, SOLUÇÕES DE LITÍGIOS E DESENVOLVIMENTO.

As apresentações foram realizadas em um único bloco de exposições, havendo, pelos(as) autores(as) presentes, a apresentação dos respectivos artigos aprovados em sequência. Após o término das exposições foi aberto espaço para a realização do debate dividindo-se os artigos por temática a fim de que todos os trabalhos cujos(as) autores(as) estavam presentes fossem contemplados.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados, ressaltando-se que não fazem parte dos Anais do evento aqueles artigos direcionados diretamente à Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, do CONPEDI, em função de sua seleção especial para publicação na mesma.

O artigo intitulado “A (IN) VIABILIDADE JURÍDICA DAS APOSTAS DESPORTIVAS NO BRASIL”, de autoria de Henrique Barros Ferreira e Hermann Richard Beinroth da Silva, trata do crescimento das Apostas Desportivas no Brasil, percorrendo, inicialmente, a análise histórica e cultural dos jogos de loteria até a promulgação da Constituição de 1988. O ponto principal do estudo é a avaliação da mudança de paradigma no esporte, com a consolidação de novas plataformas digitais. O enfoque fixa-se no Poder Legislativo, que ainda não conseguiu regulamentar ou regularizar o sistema de funcionamento das Casas de Apostas, que cada vez mais têm crescido no país. Pela omissão legislativa do Poder Público, que ainda discute a legalidade do tema no Congresso Nacional, é possível destacar que o modus operandi das Casas de Apostas ainda é visto como uma incógnita. Diante da indeterminação normativa ocorreram severas denúncias do MPGO sobre fraudes no futebol brasileiro. Com as denúncias já oferecidas, iniciou-se uma operação em nível nacional, denominada de Operação Penalidade Máxima, que envolve apostadores e jogadores profissionais, que podem sofrer condenações cumuladas, no âmbito penal e desportivo.

O artigo “A APLICAÇÃO DO TEMA 660 DO STF E A IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO PENAL”, de autoria de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Carolina Rebouças Peixoto, trata do Tema de Repercussão Geral n. 660 do Supremo Tribunal Federal, verificando a sua aplicabilidade em processos penais. Para isso, realiza pesquisa bibliográfica acerca do referido instituto na doutrina processual civil, confrontando-a com a doutrina processual penal sobre os recursos extraordinários e sobre a principiologia. Além disso, realiza um estudo de caso sobre o julgamento que deu origem à aprovação do Tema 660 do STF e as discussões nele travadas. Por fim, apresenta uma pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com base em 16 (dezesesseis) decisões colegiadas (que mantiveram decisões monocráticas) de negativa de seguimento de Recursos Extraordinários. A pesquisa demonstrou que os tribunais aplicam o Tema 660 do STF indistintamente, sem verificar a existência de violação reflexa ou direta ao dispositivo constitucional. Ao final, constatou que o Tema 660 do STF, por ter sido aprovado no bojo de um processo cível, sob a égide de princípios também de direito civil, é de difícil aplicabilidade no âmbito criminal.

O artigo “A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E O APROVEITAMENTO DA PROVA NA RUPTURA DE ACORDOS”, de autoria de Gabriel Gomes Babler, trata do Acordo de Não Persecução Penal que é o mais recente instituto de direito penal negocial previsto na legislação brasileira, trazido pela Lei 13.964/2019 que incluiu o Art 28-A ao Código de Processo Penal. O ANPP possibilita uma negociação direta entre acusação e acusado com o objetivo de evitar o processo penal, mas dentre suas condições exige a confissão do acusado, o que gera dúvidas sobre a natureza dessa confissão e sobre se ela poderia ser aproveitada como prova em um eventual processo penal. O estudo analisa a possibilidade ou a impossibilidade de a confissão realizada para a formalização do acordo não persecutório ser utilizada como prova no processo penal em caso de rescisão do acordo. Para tanto, utiliza a revisão de literatura, por meio do estudo bibliográfico, que revisou doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema por meio do método dedutivo. Ao final a pesquisa concluiu que a confissão realizada para a formalização do ANPP não pode ser utilizada como prova no processo penal, bem como a implementação do juiz de garantias e a exclusão física dos autos de inquérito se mostram essenciais para evitar a violação de garantias fundamentais.

O artigo “A PRODUÇÃO E ANÁLISE PROBATÓRIA NO ÂMBITO DO CRIMINAL COMPLIANCE”, de autoria de Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos e Filipe Brayan Lima Correia, trata da produção de provas (lato sensu) no âmbito do criminal compliance, especialmente no que concerne à legalidade e validade, e de como deve se dar a análise probatória pelo compliance officer, em cotejo com as atribuições das polícias judiciárias, órgãos estatais que têm como atribuição primária investigar. A pesquisa constatou que o

ordenamento jurídico brasileiro carece de normas para regular tais atividades, que são essenciais para garantir o regular funcionamento das empresas, notadamente as de maior porte, por prevenir e reprimir a prática de ilícitos criminais. A pesquisa enfatiza o direito brasileiro, mas pode ser útil a sistemas jurídicos de outros países na medida em que propõe ideias inovadoras com base em experiências práticas e na doutrina especializada. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sendo de natureza qualitativa, com finalidade descritiva, exploratória e propositiva.

O artigo “ANÁLISE CRÍTICA À INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL EM FACE DA NEUROCIÊNCIA”, de autoria de Rodrigo Ribeiro De Vasconcelos e Filipe Brayan Lima Correia, trata dos desafios do sistema penal brasileiro diante dos avanços científicos. Um desses desafios é a compreensão dos motivos inconscientes que influenciam as decisões humanas, muitas vezes indo além da lógica racional. A neurociência tem contribuído para revelar como esses processos mentais afetam o julgamento humano e a iniciativa probatória do juiz é questionável à luz dessas descobertas, pois a exposição do juiz a vieses cognitivos e pressões sociais pode comprometer sua imparcialidade. Assim, a necessidade de um sistema acusatório puro, mantendo a coleta de provas e a decisão judicial rigorosamente separadas, se faz necessário de forma a evitar o comprometimento cognitivo prévio do juiz, assegurando um julgamento mais justo. Incorporar abordagens neurocientíficas na reforma do processo penal é essencial para melhorar a justiça e a equidade no sistema jurídico brasileiro, garantindo decisões baseadas em critérios preponderantemente objetivos e em uma compreensão sólida dos processos mentais humanos, o que contribuiria para um sistema legal mais eficiente e justo. Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

O artigo A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO: REFLEXÕES SOBRE DOLO EVENTUAL, RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA E O PRINCÍPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS, de autoria de Yann Diego Souza Timotheo De Almeida e Warllans Wagner Xavier Souza, trata da teoria da cegueira deliberada, bem como de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Essa teoria busca responsabilizar indivíduos que deliberadamente se recusam a ver ou a saber de algo ilegal que está acontecendo ao seu redor. No entanto, a execução desse instituto tem sido criticada pela falta de clareza e pela inconsistência de sua aplicabilidade. A relevância do tema se justifica em razão de existir, muitas vezes, confusão com a teoria do dolo eventual. Pertinente, nesse cenário, a teoria da cegueira deliberada (willfull blindness doctrine), que aponta para, no mínimo, a incidência do dolo eventual, da seguinte forma: que o agente tenha tido

conhecimento da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal; que o agente tenha tido condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade; e que o agente deliberadamente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento. Desse modo, indaga-se, como se dá a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, diante da ausência de legislação específica sobre o tema, para a responsabilização penal no crime de lavagem de dinheiro dentro do ordenamento jurídico pátrio? A pesquisa realizada por meio de uma pesquisa bibliográfica e da análise de entendimentos jurisprudenciais conclui que a importação da teoria tem sido realizada de forma precipitada.

O artigo DIREITO PENAL, DROGAS ILÍCITAS E COMÉRCIO DE LEGAL HIGHS: O FENÔMENO DAS “NOVAS SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS” EM 50 (CINQUENTA) ANOS DE WAR ON DRUGS (1971-202?), de autoria de Isaac Rodrigues Cunha, trata da política criminal de drogas. A história das civilizações tem sido marcada pelo uso, abuso e dependência de substâncias entorpecentes, sendo certo que a relação da sociedade com essas substâncias é complexa. Ainda que inicialmente tenha havido aceitação e mesmo promoção do uso de drogas, a atualidade é marcada por uma verdadeira “Guerra às Drogas”. Nesse contexto, tomando por base o que disciplina o Direito Penal brasileiro na matéria, notadamente a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a pesquisa investiga o fenômeno das “novas substâncias psicoativas” ou “legal highs”, modalidades sintéticas de drogas produzidas com substâncias (ainda) não consideradas proscritas pelo ordenamento. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, notadamente de fontes nacionais e estrangeiras, chegou-se à conclusão de que a atual sistemática, na qual as “normas penais em branco” da Lei de Drogas só podem ser complementadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, malgrado o Projeto de Lei da Câmara n. 178/2015, não é suficiente para acompanhar o surgimento de novas drogas sintéticas, tão viciantes quanto perigosas em termos de efeitos colaterais.

O artigo intitulado DO RECONHECIMENTO DO DELITO DE ESTUPRO VIRTUAL: DA SUPER VULNERABILIZAÇÃO DA VÍTIMA E A NECESSIDADE DE TUTELA JURISDICIONAL, de autoria de Samara Scartazzini Awad, Josiane Petry Faria e Renato Duro Dias, trata da conduta praticada no ambiente virtual, que tem sido enquadrada como delito de estupro, do artigo 213, caput, do Código Penal. O estupro virtual, portanto, é caracterizado como uma conduta cujo objetivo é constranger alguém mediante uma grave ameaça para que realize um ato libidinoso, violando, assim, a liberdade sexual da vítima, um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. A pesquisa realiza uma análise crítica da nova conduta e de seu enquadramento penal como estupro virtual, considerando o entendimento dos tribunais superiores nessa matéria, adotando o método de abordagem dedutivo. Diante

disso, chega à conclusão de que o conhecimento das modificações do Código Penal causadas pela utilização e popularização intensas da tecnologia é importante. Tal revolução tecnológica embora apresente muitas vantagens, também promove malefícios quando usada sem o devido cuidado, levando-se em conta a vulnerabilidade no ciberespaço que possibilita a prática do estupro virtual. Assim, mesmo que a legislação penal esteja gradativamente se ajustando à medida que o tempo passa, como uma forma de se adaptar às novas situações, inclusive aos novos delitos que vão surgindo, ainda há necessidade de aperfeiçoamento ou de inovações, a fim de evitar dúvidas na tipificação de certos crimes, como o estupro virtual.

O artigo EM DEFESA DA TUTELA PENAL DO AMBIENTE, de autoria de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, trata do meio ambiente, consagrado doutrinariamente como direito humano de terceira geração e contemplado com disposições constitucionais que o elevam à condição de direito fundamental no âmbito de diversos países. Considera o meio ambiente como um bem jurídico apto a ser efetivamente tutelado pelo direito penal que, todavia, carece de modificações em sua dogmática individualista secular para a defesa de um direito que é, a um só tempo, individual e difuso. O artigo contempla, sob o raciocínio lógico-dedutivo e com pesquisa bibliográfica, a garantia do meio ambiente pelo direito penal e apresenta propostas para a melhor tutela ambiental, correspondendo elas, para além da aptidão de normas penais mais adequadas, à criação de um Tribunal Internacional competente para as demandas penais relacionadas ao meio ambiente e à assunção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Reconhece, no ambiente, uma verdadeira garantia de estirpe constitucional, não apenas difusa, mas também individual já que diretamente relacionado à qualidade de vida de cada um dos seres e que desencadeou, nas últimas décadas, a consagração de documentos internacionais e constitucionais de efetiva tutela.

O artigo HISTÓRIA, NARRATIVA, PODER MESSIÂNICO E AS GARANTIAS PENAIS: REFLEXÕES INICIAIS ENTRE WALTER BENJAMIN E LUIGI FERRAJOLI, de autoria de Rosberg de Souza Crozara realiza reflexões iniciais sobre o paralelismo de Walter Benjamin e Luigi Ferrajoli na preocupação com a verdade consubstanciada em uma narrativa histórica. Inicialmente a proposta de diálogo entre um filósofo da história com um filósofo do direito pode causar certa estranheza, contudo se mostra possível tanto no campo da construção narrativa, o qual se propõe o artigo, como, também, no nível político. Walter Benjamin expõe uma desconfiança do direito, a qual, também é exposta pela teoria do garantismo penal de Ferrajoli. Todavia, em nota distintiva, Ferrajoli não defende a ilegitimidade como a ilegitimidade constituinte do direito. Na verdade, o Ferrajoli acredita na possibilidade de um sistema penal legítimo, ou seja, em uma possibilidade de justificação do sistema penal, de acordo com um modelo teórico do direito penal mínimo. Essa legitimidade do sistema penal passa pela verdade. Assim, argumenta que a força messiânica sustentada por

Benjamin e as garantias orgânicas do sistema de garantias desenvolvida por Ferrajoli desempenhariam idênticas funções de intervenção máxima na construção da verdade. Permite identificar, no plano teórico, que a narrativa de imputação sofre críticas por não considerar as narrativas daqueles considerados vencidos ou débeis, tal qual denota o historicismo materialista porquanto evidencia a seletividade narrativa. A metodologia é descritiva de modo a discorrer sobre o objeto de investigação acadêmica, sem, contudo, interferência na interpretação, e também explicativa, diante da proposta de correlacionar os dois pensamentos na compreensão dos seus efeitos no campo penal.

O artigo O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL E O RACISMO ESTRUTURAL, de autoria de Lucas Gabriel Santos Costa e Eli Natália Costa Barbosa trata do Direito Penal e das Relações Raciais. A pesquisa tem como objeto a relação do sistema de controle institucionalizado operado pelo direito penal e as relações raciais, a partir de uma abordagem analítica crítica. Fundamenta-se na perspectiva do sistema jurídico-penal como um subsistema social que se produz e se desenvolve a partir das demandas postas pelo objeto de regulação (fatos), que são constituídos por relações intersubjetivas contidas em um tecido social, convencionadas a priori por uma perspectiva racializada. A pesquisa, assim, tem como objetivo analisar, através do método crítico, as estruturas que possibilitam a instrumentalização do sistema jurídico-penal como estrutura institucionalizada de controle racial, assim como compreender horizontes de expectativa do sistema penal como instrumento de contramotivação ao racismo. Nesse contexto, apresenta o fundamento material da proibição penal e a legitimidade da proibição penal de práticas racistas por meio da Lei 7.716/1989. Revela, no entanto, que a legitimidade da proibição não materializa a efetiva proteção quando o sistema penal é compreendido como um subsistema social que reproduz e protege aspectos constitutivos do racismo estrutural e institucional, agravando a liberdade e a vida das pessoas negras, bem como frustrando a proteção devida pelo próprio sistema a bens essenciais, como a liberdade e a vida.

O artigo O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A REALIDADE DO CONDENADO E DO ENCARCERADO NO CUMPRIMENTO DA PENA A PARTIR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347, de autoria de Alberto Castelo Branco Filho , Gustavo Luis De Moura Chagas e Alexandre Moura Lima Neto, trata do significado do princípio da dignidade humana no processo penal, levando principalmente em consideração as políticas contraditórias adotadas pelo Estado e pelo Judiciário em relação à situação das pessoas processadas, condenadas e presas em processos penais. Observa-se que o princípio da dignidade humana é considerado um metaprincípio uma vez que outros princípios relativos a qualquer sistema processual, especialmente o sistema penal, são por ele constituídos. Verifica como se dá a divulgação,

quais os vetores de discussão e o posicionamento do STF na cobrança de uma política judicial eficaz por meio da ADPF nº 347 por meio de estudos documentais, factuais, sociológicos e dialéticos. Conclui que, embora o assunto seja atual e não tenha uma base prática e científica sólida, o estado de objetificação, a instabilidade e a natureza do indivíduo são moderadas em favor do “bem comum” para alcançar elementos de transcendência. A análise do princípio da dignidade humana desencadeou muitas discussões morais e éticas sobre justiça e justiça.

Após mais de três horas de apresentações e debates profícuos, foram encerrados os trabalhos do grupo, com congratulações recíprocas.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - email: lgribeirobh@gmail.com

Dom Helder - Escola Superior

Vanessa Chiari Gonçalves - email: vanessachiarigoncalves@gmail.com

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Jorge Bheron Rocha - email: bheronrocha@gmail.com

Centro Universitário Christus

HISTÓRIA, NARRATIVA, PODER MESSIÂNICO E AS GARANTIAS PENAIS: REFLEXÕES INICIAIS ENTRE WALTER BENJAMIN E LUIGI FERRAJOLI.

HISTORY, NARRATIVE, MESSIANIC POWER AND CRIMINAL GUARANTEES: INITIAL REFLECTIONS BETWEEN WALTER BENJAMIN AND LUIGI FERRAJOLI.

Rosberg de Souza Crozara ¹

Resumo

O artigo tem como principal objetivo identificar reflexões iniciais do paralelismo de Walter Benjamin e Luigi Ferrajoli na preocupação com a verdade consubstanciada em uma narrativa histórica. Inicialmente a proposta de diálogo entre um filósofo da história com um filósofo do direito pode causar certa estranheza, contudo se mostra possível tanto no campo da construção narrativa, o qual se propõe o presente trabalho, como, também, no nível político. Walter Benjamin expõe uma desconfiança do direito, a qual, também é exposta pela teoria do garantismo penal de Ferrajoli. Todavia, em nota distintiva, Ferrajoli não defende a ilegitimidade como a ilegitimidade constituinte do direito. Na verdade, o Ferrajoli acredita na possibilidade de um sistema penal legítimo, ou seja, em uma possibilidade de justificação do sistema penal, de acordo com um modelo teórico do direito penal mínimo. Essa legitimidade do sistema penal passa pela verdade. Assim, argumenta-se, que a força messiânica sustentada por Benjamin e as garantias orgânicas do sistema de garantias desenvolvida por Ferrajoli desempenhariam idênticas funções de intervenção máxima na construção da verdade. Permite identificar, no plano teórico, que a narrativa de imputação sofre críticas por não considerar as narrativas daqueles considerados vencidos ou débeis, tal qual denota o historicismo materialista porquanto evidencia a seletividade narrativa. A metodologia é descritiva de modo a discorrer sobre o objeto de investigação acadêmica, sem, contudo, interferência na interpretação, e também explicativa, visto a tentativa de correlacionar os dois pensamentos na compreensão dos seus efeitos no campo penal.

Palavras-chave: História, Narrativa, Redenção, Processo penal, Garantismo, Verdade

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of this article is to identify initial reflections on the parallelism between Walter Benjamin and Luigi Ferrajoli in their concern with the truth embodied in a historical narrative. Initially, the proposal of a dialog between a philosopher of history and a philosopher of law may cause some strangeness, but it proves to be possible both in the field of narrative construction, which is what this work proposes, and also on a political level. Walter Benjamin exposes a distrust of the law, which is also exposed by Ferrajoli's theory of penal garantism. However, on a different note, Ferrajoli does not defend illegitimacy as the

¹ Doutorando (PPGD/UFGA) Mestre (UNESA/RJ). Professor da ESMAM. Professor de Direito Processual Penal da UNEB, Professor Convidado da FD/UFAM. Juiz de Direito do TJAM.

constitutive illegitimacy of law. In fact, Ferrajoli believes in the possibility of a legitimate criminal justice system, in other words, in the possibility of justifying the criminal justice system, according to a theoretical model of minimum criminal law. This legitimacy of the penal system is based on truth. Thus, it is argued that the messianic force supported by Benjamin and the organic guarantees of the system of guarantees developed by Ferrajoli perform identical functions of maximum intervention in the construction of truth. It allows us to identify, on a theoretical level, that the narrative of imputation is criticized for not taking into account the narratives of those considered to be defeated or weak, as materialist historicism denounces because it highlights narrative selectivity. The methodology is descriptive in order to discuss the object of investigation acad.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: History, Narrative, Redemption, Criminal procedure, Guarantee, Truth

INTRODUÇÃO

A história é, segundo Walter Benjamin, o relato incontestável e edificante das múltiplas manifestações da vida humana. (GAGNEBIN, 2018, p. 65).

O ensinamento *Benjaminiano* pretende apresentar uma tentativa de elaborar uma concepção de história afastada da historiografia tradicional da classe dominante – *historicismo* - quanto, também, da historiografia materialista triunfante. A tentativa do autor é demonstrar como o historicismo acaba por contar a história dos vencedores, silenciando a narrativa dos vencidos.

Esse historicismo denunciado por Walter Benjamin transforma uma narrativa tendenciosa em história e, uma vez contada, em verdade no presente, sob a perspectiva da escola materialista. Esboçando a premissa da narrativa historicista, vê-se aplicada no campo do processo penal quando a narrativa acusatória se engaja em contar história.

A tendência do acusador historicista é se identificar sempre com o vencedor, isto é, beneficiando a narrativa do acusador e não conferindo voz narrativa àqueles submetidos aos efeitos da verdade narrada, denotando em versões esquecidas.

Na obra sobre o conceito da história, Benjamin (1987), na sua tese II, destaca a redenção messiânica para interromper esta narrativa tendente a contemplar, àqueles que se apropriam da narrativa, somente a história do triunfo ou daquele que presumem conhecer à verdade histórica e deixando versões não encampadas pelo Estado no esquecimento.

Assim, a partir do Walter Benjamin se propõe um diálogo com a teoria crítica e um diálogo com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Com as crises de legitimidade do direito surgem várias teorias que tentam pensar o direito e a tentativa de reduzir a utilização do direito como instrumento de violência e arbitrariedade na construção da narrativa. Pretende-se nesse artigo buscar fazer uma (*im*) provável aproximação entre Benjamin e Ferrajoli, que embora não seja uma aproximação óbvia pelas diferenças referenciais teóricos é uma aproximação que pode se mostrar frutífera.

Na perspectiva de Luigi Ferrajoli, na teoria do garantismo penal, a busca do conceito de verdade é tratada enquanto correspondência porquanto instrumento útil de análise para definir se a narrativa fática é verdadeira ou falsa, ou seja, à luz da investigação dos fatos empiricamente controlável.

Assim, o campo do direito processual penal é o *locus* ideal para experimentação dessas versões do triunfo em detrimento das versões esquecidas, sob a perspectiva de Benjamin, ou se a versão é verdadeira ou falsa, sob a perspectiva de Luigi Ferrajoli.

Pretende-se, portanto, verificar o ponto comum entre Walter Benjamin e Luigi Ferrajoli, notadamente na preocupação da revelação de uma verdade, de acordo com premissas diversas, porém, ao final, demonstram a mesma preocupação que é a revelação da verdade enquanto definidor de consequências no presente.

Em nota ainda introdutória é de suma necessidade esclarecer que a tradição de formação do pensamento de Walter Benjamin não é a mesma da tradição de que marca a trajetória de Luigi Ferrajoli. Todavia, não obstante, há pontos de diálogo.

NOTAS INTRODUTÓRIAS DO (IM) PROVÁVEL DIÁLOGO ENTRE WALTER BENJAMIN E LUIGI FERRAJOLI.

A proposta de diálogo entre um filósofo da história com um filósofo do direito pode causar certa estranheza, contudo se mostra possível tanto no campo da construção narrativa, o qual se propõe o presente trabalho, como, também, no nível político.

No campo da filosofia política a teoria do garantismo é uma teoria de direito, porquanto propõe no campo do direito a proteção dos vulneráveis – *mais débil* -, ou seja, da questão da proteção daqueles que estão mais sujeitos a arbitrariedade do Estado. Dessa forma, num país como o Brasil, cuja proteção é necessária, pois, no fundo quem está mais sujeito à arbitrariedade são os oprimidos, o garantismo em países como o Brasil não deixa de ter essa política superimportante. Por outro lado, dentro da tradição de Walter Benjamin, o direito tenda para uma teoria crítica, tal qual expressado na “crítica da violência”. Assim, em “crítica da violência” (1986, pág. 160-175), Benjamin expõe uma desconfiança muito geral do direito. Há uma desconfiança não só sobre uma certa narrativa do direito, mas de uma desconfiança sobre a instituição do direito.

Aponta Walter Benjamin, nesse trecho da crítica da violência, a sua crença de que o direito positivo se utiliza da violência como meio mantenedor deste.

A função do poder-violência, na institucionalização do direito, é dupla no sentido de que, por um lado, a institucionalização almeja aquilo que é instituído como direito, como o seu fim, usando a violência como meio; e, por outro lado, no momento da instituição do fim como um direito, não dispensa a violência, mas só agora a transforma, no sentido rigoroso e imediato, num poder instituinte do direito, estabelecendo como direito não um fim livre e independente de violência (*Gewalt*), mas um fim necessário e intimamente vinculado a ela, sob o nome de poder (*Macht*). A

institucionalização do direito é institucionalização do poder e, nesse sentido, um ato de manifestação imediata da violência. (BENJAMIN, 1987, p. 172).

Com efeito, Luigi Ferrajoli também exerce em certo ponto uma crítica ao direito, especialmente no campo penal no que se relaciona ao real funcionamento do sistema. Porém, em nota distintiva, Luigi Ferrajoli não defende a ilegitimidade como a ilegitimidade constituinte do direito. Na verdade, o Ferrajoli acredita na possibilidade de um sistema penal legítimo, ou seja, em uma possibilidade de justificação do sistema penal, de acordo com um modelo teórico do direito penal mínimo.

Forçoso, assim, apontar que para fazer essa relação entre Ferrajoli e Benjamin, na forma que pretende esse trabalho, é importante fazer um adendo que hoje em dia tem sido feito. Diálogos com o Benjamin, no âmbito de uma teoria crítica do direito, caminham no sentido de não mais para sustentar que o direito é ilegítimo, que o direito não funciona, que o direito é necessariamente violento e arbitrário, mas justamente para tentar criar um tipo de direito possível.

Nesse ponto, é importante pontuar que Ferrajoli acredita na legitimidade do direito, isto é, crer que a solução da crise do direito está no próprio direito. Esse é o ponto que o distanciaria dos históricos críticos.

Portanto, tornaria (*im*) provável o diálogo entre Benjamin e Ferrajoli, pois ambos pontuam os graves problemas do direito, contudo Ferrajoli não desiste do caminho do direito, de falar, de dialogar e de usar o sistema jurídico.

DESENVOLVIMENTO NA PROPOSTA DE DIÁLOGO.

José Carlos Reis (REIS, 2002, p. 551) estabelece que o conceito de historicismo é bastante problemático porquanto portador de vários significados. Nesse ponto, entre as inúmeras derivações do entendimento do historicismo, adota-se, para fins metodológicos, a concepção do historicismo alemão clássico, forjado na relação de alteridade com o passado e distanciado das ideias filosóficas da razão, próprias da revolução francesa.

Não é pretensão da pesquisa percorrer questões e concepções do historicismo, notadamente pela linhagem de ideias e compreensões – *historicismo filosófico*, *historicismo epistemológico* e *historicismo romântico* – porém, identificar a apropriação

do historicismo científico pelo direito penal enquanto método de linguagem acusatória de reprodução de fatos passados é constatado na análise.

A construção história é necessariamente seletiva, no sentido de que está orientada por pontos de vistas, interesses historiográficos e hipóteses interpretativas que conduzem o detentor da narrativa a colocar em evidência os fatos do passado em detrimento de outros, resultando, empiricamente, a privilegiar algumas fontes e a descuidar ou, mesmo, ignorar outras.

Essa seletividade histórica, muito bem denunciada na perspectiva do historicismo materialista, consubstanciada na seleção de fatos relevantes em detrimento de outros, é notada na construção da iniciativa acusatória no âmbito do processo penal.

No *locus* de embate entre oprimidos e opressores – *aqui será o campo penal* – revela que a luta daqueles que não tiveram oportunidade narrativa conferida pelo Estado consubstancia parte decisiva das garantias penais vivenciadas no presente.

A narrativa, no âmbito do direito processual penal, é um contexto inicialmente adotado na peça acusatória – *denúncia ou queixa-crime* – a qual carrega a finalidade narrativa e demonstrativa de um fato, ou seja, é o roteiro de (*re*) construção histórica dos fatos sob o viés da narração da pretensão acusatória.

WALTER BENJAMIN E A FORÇA MESSIÂNICA: A REMEMORAÇÃO E REDENÇÃO DA HISTÓRIA. A BUSCA PELA VERDADE NARRATIVA DA HISTÓRIA.

Frise-se, inicialmente, que a carta “sobre o conceito de história” foi redigida por Benjamin no início de 1940, no contexto da eclosão da Segunda Guerra Mundial, estando o seu autor destinado a colocar questões relativas a “toda a história moderna e ao lugar do século XX no percurso social da humanidade”. (LÖWY, 2005, p. 34).

Embora o documento redigido por Walter Benjamin não tenha tido a finalidade de publicação, este se tornou público em outubro de 1947, porém sua repercussão somente ganha contornos de maior receptividade em 1974 com a publicação organizada por R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser, com a colaboração de Adorno e Scholem.

Walter Benjamin confere, em especial na tese II, sobre o conceito de história, a preocupação do paradigma do ponto de vista dos vencidos, enquanto sujeitos participantes da construção da narrativa, denotando a necessidade de reflexão sobre narrativas silenciadas no contexto da história e a corrupção da construção da verdade dos vencedores. Em referência à tese II, *in verbis*:

Entre os atributos mais surpreendentes da alma humana', diz Lotze, "está, ao lado de tanto egoísmo individual, uma ausência geral de inveja de cada presente com relação a seu futuro". Essa reflexão conduz-nos a pensar que nossa imagem da felicidade é totalmente marcada pela época que nos foi atribuída pelo curso da nossa existência. A felicidade capaz de suscitar nossa inveja está toda, inteira, no ar que já respiramos, nos homens com os quais poderíamos ter conversado, nas mulheres que poderíamos ter possuído. Em outras palavras, a imagem da felicidade está indissolivelmente ligada à salvação. O mesmo ocorre com a imagem do passado, que a história transforma em coisa sua. O passado traz consigo um índice misterioso, que o impele à redenção. Pois não somos tocados por um sopro do ar que foi respirado antes? Não existem, nas voes que escutamos, ecos de vozes que emudeceram? Não têm mulheres que cortejamos irmãs que elas não chegaram a conhecer? Se assim é, existe um encontro secreto, marcado entre as gerações precedentes e a nossa. Alguém na terra está à nossa espera. Nesse caso, como a cada geração, fomos concedida uma frágil força messiânica para a qual o passado dirige um apelo. Esse apelo não pode ser rejeitado impunemente. O materialismo histórico sabe disso. (BENJAMIN, 1987, p. 222-223).

A preocupação trazida pela tese II retrata que o que poderia ter sido, mas não foi, isto é, a felicidade pessoal pressupõe a libertação de seu próprio passado. Aqui, portanto, é possível compreender que a construção da narrativa da história poderia ter sido diferente se os vencidos fossem trazidos para a história¹.

¹ Essas ideias encontram-se quase ao pé da letra na tese II, que concebe a redenção sobretudo enquanto rememoração histórica das vítimas do passado. Além do livro de Lotze, Benjamin se inspira, aqui, muito provavelmente em algumas observações de Horkheimer, em um artigo sobre Bergson, publicado em 1934 na *Zeitschrift für Sozialforschung*: "O que aconteceu aos seres humanos que morreram, nenhum futuro pode reparar. Jamais serão chamados para se tornarem felizes para sempre. [...] No meio dessa imensa indiferença, somente a consciência humana pode se tornar o alto onde a injustiça sofrida pode ser abolida/ultrapassada (*aufgehoben*), a única instância que não se satisfaz com aquela [...]. Agora que a fé na eternidade deve se decompor, a histografia (*Historie*) é o único tribunal de justiça (*Gehör*) que a humanidade atual, ela própria passageira, pode oferecer aos protestos (*Anklagen*) que vêm passado. "A ideia de uma *Aufhebung* (supressão) da injustiça passada, graças à consciência histórica, corresponde perfeitamente às intenções de Benjamin, mas lhe dá uma dimensão teológica que não é aceita por Horkheimer. (LÖWY, 2005, p. 55).

Walter Benjamin emprega o caráter idealista de concepção da história inacabada uma vez que, enquanto não acertadas as contas com o passado, a história não se mostra completa ou verdadeira. O fundamento teológico, na tese II, é visto nesse incremento de penitência e rememoração, indo mais além, da própria redenção dos sujeitos do passado que não participaram da pesquisa histórica e na própria construção desta.

O ponto se constrói no sentido de compreender que Walter Benjamin demonstra preocupação na emancipação dos vencidos na construção da própria narrativa histórica, porém não somente na rememoração do passado de silêncio mais na redenção das injustiças do passado.

Essa redenção converte num caráter messiânico, isto é, a força messiânica na luta de não deixar esquecidos aqueles que não tiveram a oportunidade de participação na construção da história. Dessa forma, “a tese II se orienta ao mesmo tempo para o passado – a história, a rememoração – e o presente: a ação redentora”, (LÖWY, 2005, p. 58) consubstanciado o poder messiânico uma missão interventiva no presente para salvar a história, enquanto narrativa silenciada do passado.

Com o poder messiânico, Benjamin acentua a necessidade do alcance da verdade, sob um historiador materialista comprometido a “saber ler e escrever uma outra história, uma espécie de anti-história, uma história a ‘contrapelo’, como diz, ou ainda a história da barbárie, sobre a qual se impõe a da cultura triunfante”. (GAGNEBIN, 2018, p. 66).

É fato que Benjamin, na tese II, não demonstra a preocupação da construção da verdade, todavia em razão da luta daqueles vencidos que não tiveram a oportunidade de narrativa histórica, a percepção da redenção das narrativas – *sujeitos* - na construção da história materialista passa pela verdade histórica, ainda que de forma intangível.

A VERDADE COMO CORRESPONDÊNCIA E A APLICAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

O contexto da publicação da obra do Luigi Ferrajoli (1995) é exposto no dado momento histórico vivenciado pela Itália, sobretudo, no âmbito da legislação e do direito, de reformas² penais e processuais penais, gerando crise de legitimidade referente aos

² Por exemplo, a denominada **Legge Reale**: *Legge 22 maggio 1975*, n. 152. *Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*. O conteúdo da Legge Reale em pontos centrais versou sobre o recrudescimento da legislação penal com a finalidade de combater os fenômenos do terrorismo italiano que colocou pressão sobre a ordem democrática do país. (i) Custódia Preventiva – Prisão mesmo na ausência de flagrante, permitindo uma detenção de 96h; (ii) Restrição às liberdades – Proibição de uso de capacetes ou elementos potencialmente capazes de dificultar o reconhecimento do cidadão em passeatas, eventos ou locais públicos; e, (iii) utilização de armas letais pela Polícia – Autorização da força policial o uso legítimo de armas não somente

fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos dos atuais sistemas penais, notadamente na Itália.

É destacada, portanto, a importância da existência de um sistema jurídico – *dever ser* - de minimização do poder e maximização do saber jurídico, enquanto condiciona a validade de decisões da verdade, empírica e logicamente controlável de suas motivações.

No recorte da teoria do garantismo há uma importância na construção racional da verdade porquanto esta ser um critério racional e fator interno de legitimidade da jurisdição penal. A busca da verdade, não no viés metafísico³, mas como um dado empírico comprovado, confere a necessidade de se dotar um rígido sistema de controle – aqui no âmbito do direito pelo modelo positivista do *deve ser* - sob o sujeito destinado à averiguação da verdade, consubstanciado na definição da narrativa histórica ser verdadeira ou falsa.

Inicialmente, por conta de ideal de *dever ser* por postulado jurídico da estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade, opta-se pela construção da verdade como o resultado de uma controvérsia entre partes contrapostas – sujeitos ativos e passivos da narrativa daquele dado histórico objeto de averiguação, enquanto resultado capaz de validar o pronunciamento de poder judicial.

O respeito rigoroso das garantias de um julgamento correto congratula o valor epistemológico, ético e político, para além de um aspecto meramente jurídico. Assim, todas estas garantias são, de fato, garantias de verdade. Precisamente, em direito penal, Luigi Ferrajoli divide em garantias em abstrato, de natureza material, e as garantias in concreto, são as de natureza processuais.

As garantias de verificabilidade e falsificabilidade em abstrato são as garantias materiais, isto é, o princípio da legalidade estrita ou da taxatividade das figuras delituosas, o princípio da materialidade da ação, princípio da ofensividade da ação e o da responsabilidade subjetiva do agente.

Por outra banda, as garantias de verificação e falsificação in concreto são as garantias processuais, ou seja, a publicidade do processo, o ônus da prova e o direito de defesa.

Embora capazes de limitar e vincular o poder punitivo, estas garantias não são suficientes para anular abusos de poder. É observado, empiricamente, que permanece sempre uma margem de arbitrariedade, ligada à irreprimível discricionariedade judicial na apreciação da prova e na interpretação da lei que resulta na própria construção da verdade processual.

em presença de violência ou resistência. Em 1989 por efeito da vigência do novo Código de *Procedura penale* italiano, alguns dispositivos foram revogados e posteriormente e, 2005 foram totalmente superadas.
³ Não é uma definição real sobre verdade, mas uma definição nominal.

A questão da construção da verdade é preocupação presente em Ferrajoli. Em um sistema de garantias processuais, a verificação fática de uma afirmação judicial, igualmente a qualquer afirmação empírica, exige uma decisão fundamentada. A prova empírica dos fatos penalmente relevantes não é, em realidade, uma atividade isoladamente cognoscitiva, para que sempre forma a conclusão mais ou menos provável de um procedimento indutivo cuja aceitação é a sua vez um ato prático que expressa um poder de eleição respeito de hipóteses explicativas alternativas. (FERRAJOLI, 2018, p. 45-47). Forçoso apontar que ouvir as razões contrárias é garantia inerente, na concepção do garantismo, do carácter cognitivo da jurisdição.

A disponibilidade do juiz, no caso do processo penal, para ouvir todas as razões diferentes e opostas e expor as suas hipóteses à refutação e à falsificação, tanto jurídica como de fato. É nessa disponibilidade do juiz para se expor e se submeter à refutação pelo mais débil que reside o valor ético, mas também epistemológico do contraditório pública na formação da prova e, por consequência, em uma verdade.

Essa vontade exprime uma atitude de honestidade intelectual e de responsabilidade moral, baseada na consciência da natureza mais do que probabilística da verdade de fato. Com efeito, a submissão da narrativa acusatória ao contraditório exprime o próprio espírito do processo acusatório, em contraposição ao inquisitório, cujo carácter inequívoca e falaciosa é, pelo contrário, a resistência do preconceito de culpa a qualquer negação ou contraprova.

Assim, é fixado o parâmetro de que o método acusatório constitui a epistemologia com garantias de uma verdade controlada pelas partes, dando ênfase nas narrativas de todos os envolvidos, com paridade e igualdade na capacidade de influenciar na rememoração dos fatos.

O conceito de verdade processual é, para além da elaboração de uma teoria do processo⁴, também pelos usos de que se fazem na prática judicial – a concepção semântica da verdade processual como correspondência -. Assim, na jurisdição penal, há preocupação entre a validade da decisão e a verdade da motivação constituindo maior relevância do que qualquer outra atividade estatal.

⁴ Traducción de Dario Ippolito y Simone Spina. Editorial Trotta: Madrid, 2018, pág. 121, “*proceso penal y principio de jurisdiccionalidad: El proceso penal es la serie de actividades realizadas por la autoridad judicial en las formas y en los tiempos (rito) preestablecidos por la ley e dirigidos a la formulación, en forma de contradicción pública entre acusación y defensa, de un juicio consistente en la verificación empírica de la hipótesis acusatoria e en la consiguiente condena por los delitos imputados en ella, o bien en la confirmación de la presunción de inocencia del imputado*”. (FERRAJOLI, 2018, p. 121).

O modelo penal garantista proposto por Ferrajoli (2018) tem a função de delimitar o poder punitivo do Estado, mediante a exclusão das penas *extra* ou *ultra legem*, admitindo, então a punição pelos delitos praticados previsto na lei.

Essa preposição de verdade, no âmbito do garantismo, pode ser decomposta em duas preposições, isto é, um fático e outro de direito.

A verdade fática é verificável através da prova do acontecimento do fato e sua imputação ao sujeito incriminado. A comprovação de uma das proposições é uma questão de fato resolvível por via indutiva, conforme os dados probatórios. Por outro lado, a verdade jurídica é verificável através da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato com delito - a questão de direito resolvível por via dedutiva, conforme o significado das palavras empregadas pela lei -.

No caso do sistema de justiça criminal brasileiro a peça inicial de acusação, a qual a hipótese acusatória é apresentada ao controle jurisdicional, deverá ser apoiada por elementos de informações, muitas das vezes produzidas no contexto inquisitorial, e, ainda, não refutada por não pode ser testada ao contraditório da narrativa do imputado, porque é assumida aprioristicamente como verdadeira e funciona, portanto, como critério de orientação das investigações instrutórias probatórias e como filtro seletivo das provas: *credíveis* se o confirmarem, *não credíveis* se o contradisserem.

É importante situar que a proteção ao mais débil no campo penal é aspecto inegociável no garantismo de Luigi Ferrajoli. Nesse ponto, aborda (PINHO, 2020).

“Garantismo é la legge del più debole (a lei do mais fraco). No campo eminentemente penal (posto que aqui está o busílis), quem é o mais fraco? A vítima, no momento do crime (daí a necessidade de uma séria teoria do bem jurídico, comprometida com os valores constitucionais). O investigado, por ocasião das investigações. O réu, durante o processo. O condenado, no momento da execução. Queiramos, ou não; gostemos, ou não, o réu é o polo mais fraco no processo penal! Pelo menos, para o garantismo de Ferrajoli e, como de modo geral, para todo o pensamento ilustrado, desde Beccaria! Não existe a menor possibilidade de relativizar um direito fundamental em nome de um suposto interesse da sociedade (aliás, Ferrajoli sequer trabalha com essas categorias)”.

Aqui, por preocupação da pesquisa, será abordada, em continuação, apenas fática enquanto averiguação da narrativa histórica submetida ao processo penal. Contudo, frise-se, para tanto, que uma proposição jurisdicional se chamará verdadeira processual si, e somente si, é verdadeira tanto fática como juridicamente no sentido assim definido.

Esta definição da verdade processual constitui uma redefinição parcial da noção intuitiva da verdade como correspondência. No alinhamento da construção da narrativa, é importante que o método contemple todas as narrativas sem a exclusão ou superioridade do sujeito de poder ou sujeito sem poder. A verdade resultante do processo, via exercício da jurisdição penal, é resultado indelével da necessidade de a construção partir das narrativas dos sujeitos interessados. Imprescindível assegurar que a averiguação da verdade, a partir da rememoração de fatos históricos, afeta a fatos bastante mais remotos e que, para tanto, consiste predominantemente em encontrar fontes preexistentes de comprovação empírica - documentos, inscrições, utensílios, ruínas, narrações esquecidas e assim sucessivamente – e, raramente, criar novos relatos.

Portanto, para Luigi Ferrajoli, o sistema das garantias se dirige a assegurar a construção da narrativa enquanto verdade controlada e que, por outro lado, esteja comprometido, juntamente com as condições de uso do termo verdadeiro, onde tais garantias faltem ou sejam lesionados de qualquer forma. Estas técnicas são as *garantias penais e processuais*, porém, nas suas ausências, não se pode falar de verdade no processo nem sequer em sentido aproximativo.

Assim, as regras processuais são limites metodológicos no qual devem se desenvolver à averiguação da verdade, sobretudo de aquisição e de valoração das fontes históricas sobre as quais o juiz é chamado a operar um juízo cognitivo para “reconstruir determinado acontecimento do passado”. (GIOSTRA, 2021, p. 36).

A NARRATIVA HISTÓRICA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL: A REDENÇÃO DE BENJAMIN E A VERDADE DE FERRAJOLI.

No âmbito do terreno privilegiado (SALES, 2021, p. 179) - o *direito penal e o processo penal* – são constantemente expostas as dúvidas na sua aplicação, notadamente quando um dos fatores da sua legitimidade é a verdade da narrativa fática - e jurídica - posta no processo penal. Nesse sentido, o processo penal é uma conquista moderna porquanto conjunto de procedimentos dirigidos a aplicação de uma pena sobre a prova empírica dos fatos. Vê-se, portanto, que a construção narrativa dos fatos constitui importância crucial na averiguação da verdade.

Necessário fazer o apontamento da distinção do método para encontrar a verdade entre o historiador e o juiz. Embora a preocupação de ambos sujeitos seja a averiguação da verdade, o método empregado para alcançá-la diverge, visto a condição *de sujeição à lei* imposta ao juiz.

A tarefa de fundamentar qualquer meio para reconstruir um comportamento humano do passado (elemento psicológico, modalidade da ação, circunstâncias espaço-temporais, evento) e para “mensurá-lo” com a medida do direito penal não pode ser deixada aos critérios metodológicos escolhidos pelo órgão julgante, mesmo que pelo mais confiável. Nisso reside a principal diferença entre o juiz e o historiador. O historiador também é chamado a reconstruir um fato passado, mas, diferentemente do juiz, não exercita um poder: a eventual não confiabilidade do método utilizado e das conclusões a que chegou reflete apenas a sua credibilidade científica. O juiz, por seu turno, é chamado a exercitar a terrível tarefa de decidir se pune um semelhante, inclusive com a limitação da liberdade (e, em alguns ordenamentos menos civilizados, até com a morte): é indispensável, portanto, que a sua ação se conforme a regras objetivas e compartilhadas. A verdade do historiador afirma-se através da persuasividade do seu trabalho filológico de interpretação das fontes; a verdade da justiça, através de uma força imperativa que o ordenamento se dispõe a reconhecer em razão das garantias subjetivas oferecidas pelo órgão julgante e, sobretudo, pelo especial estatuto epistemológico a que este deve observar. (GIOSTRA, 2021, p. 36).

A *verdade* desta proposição pode ser enunciada somente conforme os *efeitos produzidos* (LEWIS, 1956), é dizer, o signo do passado confere no presente as narrativas dos quais aqueles – fontes de informação - descrevem a ocorrência.

O juiz não pode – *diversamente do historiador* -, como expõe Ferrajoli, examinar os fatos que tem a tarefa de julgar e que escapa em todo o caso a sua observação direta, mas somente suas provas, que são experiências de fatos presentes, ainda que sejam interpretações como signos de fatos passado. Assim, em foco, a verdade processual, o tal qual a verdade histórica, em vez de ser previsível em referência direta ao fato averiguado,

é resultado de uma ilação dos fatos provados do passado como os fatos evidenciados no presente.

Diferente de outros tipos de investigação, a comprovação jurisdicional, porém, é obrigatória e deve ser concluída em algum momento⁵. Para além disso, cada uma dessas hipóteses fáticas formuladas no processo pode ser desmentida por uma prova posterior incompatível com aquelas apenas até que, de acordo com outra norma jurídica, entra em jogo a *presunção legal da verdade*, conhecida como coisa julgada.

O primeiro ponto de observação é que o método acusatório adotado para o processo penal exige a garantia orgânica da separação funcional e subjetiva de quem inicialmente propõe a narrativa – acusação - para quem – juiz - avaliará se tal narrativa é verdadeira ou falsa. Assim, é uma condição do caráter acusatório e irrenunciável do processo, dentro desta estrutura de averiguação da verdade enquanto critério de legitimidade da pena - a imparcialidade do avaliador da narrativa histórica.

Forçoso esclarecer que a garantia da formulação de uma narrativa de imputação determinada contra o sujeito deve ser um ato prévio e de delimitação desta narrativa. Aqui reside uma incompreensão da seletividade histórica, a qual, na perspectiva do historicismo materialista, não se compatibiliza na seleção de fatos em descarte de outros. Sustenta-se que a narrativa de imputação⁶ deve formular-se em termos unívocos e precisos, idôneos para denotar exatamente o fato atribuído e para circunscrever o objeto de averiguação, permitindo exatamente a possível versão contraposta.

A rememoração histórica submetida ao processo deve demonstrar preocupação de conferir possibilidade narrativa a todos, sobretudo daqueles que, fora do processo, são silenciados ou não são escutados enquanto sujeitos da narrativa de imputação. É a percepção de que somente há verdade e, portanto, redenção, quando narrativas contrapostas são submetidas, em igualdade, a mesma avaliação empírica por um sujeito – sociedade – imparcial.

A preocupação é exposta por Ippolito (2018, p. 95) quando expõe que as garantias da verificabilidade das hipóteses acusatórias devem combinasse com as garantias da correta

⁵ Segundo a teoria do garantismo: *se o dilema sobre a investigação dos fatos deduzido em juízo não é resolvido, prevalece a hipótese mais favorável ao acusado*, graças a uma regra jurídica sobre as condições de aceitação da verdade processual.

⁶ A acusação deve contar com o apoio de adequados indícios de culpabilidade; Notificação, a notificação da acusação há de ser, ademais, de expressa e formal, submetida a refutação desde o primeiro ato do julgamento oral que é o interrogatório do imputado.

verificação empírica dos fatos imputados no julgamento. O entendimento decorre da impressão de que os inocentes, tais quais os oprimidos, não poderão sentir-se seguros frente ao poder punitivo. Cito importante passagem acerca da concepção de segurança contra o poder punitivo e, também, ao opressor:

Es precisamente de la concepcion de la libertad como tranquilidad del ánimo, deriva de la certeza de estar jurídicamente frente al arbitrio potestativo, de donde descende la primacía del momento procesal en la reflexión de nuestro autor sobre el derecho penal. Prohibiciones que limitan el ejercicio de determinadas facultades, así como castigos - previamente establecidos por la ley - que suspenden ciertas inmunidades, no invalidan esta clase de libertad. En cambio, una jurisdicción carente de la brújula de la verdad, la aniquila por completo⁷.
(IPPOLITO, 2018, p. 95-96)

A narrativa deve ser completa, ou seja, integrada pelas informações de todos os indícios que a justificam, de forma que o sujeito contraposto tenha a possibilidade de refutá-los e nada lhe seja escondido. Deve ser oportuna, isto é, deve deixar o sujeito contraposto o tempo necessário para organização de sua versão esquecida ou não considerada.

CONCLUSÃO

O controle da verdade em Benjamin é a partir da redenção, ou seja, a força messiânica permite a ruptura da verdade enquanto narrativa triunfante e unipessoal do investigador detentor do poder. Nessa perspectiva, o poder messiânico confere a capacidade de conferir narrativa daqueles esquecidos, dando margem, nesse ponto, a uma nova verdade libertadora.

Com o garantismo penal, a concepção de averiguação da verdade enquanto um dos fatores de legitimidade da jurisdição, deve ser controlada a partir do sistema de garantias orgânicas primárias (imparcialidade, independência e naturalidade) e secundárias (separação do juiz e acusação, condução da instrução, publicidade do julgamento,

⁷ É precisamente da concepção da liberdade como tranquilidade, derivada da certeza de estar juridicamente perante a discricionariedade, de onde desce o primado do momento processual na reflexão do nosso autor sobre o direito penal. As proibições que limitam o exercício de certos poderes, bem como as penas - previamente estabelecidas por lei - que suspendem certas imunidades, não invalidam esse tipo de liberdade. Por outro lado, uma jurisdição desprovida do compasso da verdade aniquila-a completamente. (Livre tradução).

modalidade do interrogatório, técnicas de formação e contraditório), conferindo a verdade empiricamente experimentada mediante a capacidade de narrativa e de refutação.

Portanto, podemos concluir, em reflexões iniciais, sem pretensão de esgotamento do tema, que a força messiânica sustentada por Walter Benjamin e as garantias orgânicas do sistema de garantias desenvolvida por Luigi Ferrajoli desempenham idênticas funções de intervenção *máxima* na construção da verdade histórica.

Com efeito, o método da força messiânica é conferir ao historiador materialista o resgate da narrativa esquecida, preenchendo a esperança que a história contada no presente acolha em redenção as lutas daqueles que foram silenciados e não deixem, agora, novos esquecidos no presente. Igualmente, as garantias processuais direcionam o juiz o seu dever de sujeição à lei e a um método rígido de averiguação dos fatos, com a valoração livre dos fatos, mas a obtenção das fontes de informações é estritamente vinculada aos limites legais – quando não éticos - na descoberta destes.

Os métodos distintos expostos pelo Walter Benjamin e Luigi Ferrajoli, mas influenciados por períodos de exceção quando da exposição dos seus pensamentos adotados na pesquisa, preconizam a derradeira preocupação que a narrativa contada no presente constituía a possibilidade de libertação daqueles que, ao tempo da história, tiveram suas narrativas silenciadas em nome da força do mais forte. Com efeito, sustenta-se na ideia de verdade enquanto redenção e validade, tanto na obra de Benjamin quanto em Ferrajoli, na construção destinada à história.

Destarte, quantas histórias poderiam ter sido contadas diferente se excluídos fossem incluídos na narrativa? Quantos inocentes poderíamos ter absolvido e não condenado se as garantias da narrativa de imputação lhes fossem atribuídas na construção da verdade processual? Tanto os historicistas materialistas quanto os garantistas sabem disso - esse é o ponto.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. Vol. 1. 3ª ed. Trad: Sérgio Paulo Rouanet. Editora brasiliense: São Paulo, 1987.

_____. **Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos, seleção e apresentação Willi Bolle**; tradução Celeste H.M Ribeiro de Sousa. Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1986.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. **Walter Benjamin: os cacos da história**. N-1 edições: São Paulo, 2018.

- GIOSTRA, Glauco. **Primeira lição sobre a justiça penal**: tradutor Bruno Cunha Souza. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. Editora Trotta: Madrid, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. **El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal**. Traducción de Dario Ippolito y Simone Spina. Editorial Trotta: Madrid, 2018.
- IPPOLITO, Dario. **El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar**. Editorial Trotta: Madrid, 2018.
- LEWIS, Clarence I. **Mind and the World Order: Outline of Theory of Knowlwdge**. Dover reprint, 1956.
- LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, Janne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. Boitempo: São Paulo, 2005.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de Pinho. 2020. **Garantismo penal: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is**. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>> : Acesso em: 27 ago. 2023.
- REIS, J. C. **O Historicismo: a redescoberta da História**. Locus: Revista de História, [S. l.], v. 8, n. 1, 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/20551>. Acesso em: 7 jun. 2022.
- SALES, José Edvaldo Pereira. **Autoritarismo e garantismo: tensões na tradição brasileira**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.