

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

PABLO MARTINS BERNARDI COELHO

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 Marcílio 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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Fernando Bellinetti; Pablo Martins Bernardi Coelho; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-994-0

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI (VII EVC), com a temática “A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, com patrocínio da Faculdade de Direito de Franca e da Universidade UNIGRANRIO - Afya, e apoio do Portugalense Institute For Legal Research - IJP e da Facultad de Derecho da Universidad de la República Uruguay, em evento realizado entre os dias 24 e 28 de junho de 2024, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma Conferência Web RNP.

Assim, o Grupo de Trabalho recebeu 17 artigos que abordam diferentes aspectos relacionados ao Direito material e processual penal, devendo ser ressaltado que todos os trabalhos direta ou indiretamente trataram da qualidade da prestação da justiça, bem como os avanços e desafios do Direito na contemporaneidade brasileira e mundial. A apresentação dos trabalhos foi dividida em três blocos, não havendo especificidades temáticas em cada um deles.

Destaca-se os títulos dos textos apresentados: Políticas públicas de moradia destinadas às mulheres vítimas de violência doméstica; A aplicação do princípio da insignificância no âmbito da justiça estadual em face dos crimes contra a ordem tributária; Uma análise sobre o processo de modernização do direito penal: do colapso do modelo penal de matriz liberal à investigação sobre o processamento do direito penal moderno; A identificação do perfil genético de condenados: considerações à luz da perspectiva da proteção de dados; O uso de algemas no ordenamento jurídico brasileiro: uma revisão legislativa e jurisprudencial sobre o tema; O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional e as decisões estruturais do poder judiciário brasileiro; Desafios e perspectivas nas decisões do TJRS sobre violência patrimonial contra a mulher: uma reflexão à luz da Lei Maria da Penha; Revista íntima aos visitantes do estabelecimento prisional e a (i)lícitude da prova; Violência doméstica e justiça restaurativa: limites e possibilidades de sua aplicabilidade; Crime e espetacularização: o sensacionalismo da cobertura midiática e a responsabilização jurídica dos meios de comunicação no Brasil; Crimes digitais: engenharia social uma arma nas mãos dos cibercriminosos; O direito à saúde nos municípios e a descriminalização da utilização do canabidiol para fins medicinais; Os cadastros públicos de criminosos condenados para a

prevenção da pedofilia; Julgamento com a perspectiva de gênero e fixação de indenização mínima no processo penal: Tema 983 do STJ nos tribunais do Rio de Janeiro, Goiás e Amazonas; Um enfoque multidimensional sobre o tráfico de drogas e as organizações criminosas no Brasil: uma análise das implicações sociais, econômicas e jurídicas das drogas na contemporaneidade; Poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro: análise a partir da perspectiva de Luigi Ferrajoli na obra "direito e razão"; Lei 14.811 de 2024: aspectos gerais e, finalmente, a tipificação dos crimes de bullying e o cyberbullying.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos, reflexo de pesquisas e pesquisadores de todas as regiões do país.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), das instituições parceiras e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

29 de junho de 2024.

Professor Dr. Luiz Fernando Bellinetti

luizbel@uol.com.br

Professor Dr. Pablo Martins Bernardi Coelho

pablo.coelho@uemg.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

sergiohzhf@fumec.br

**PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DE LUIGI FERRAJOLI NA OBRA
"DIREITO E RAZÃO"**

**INSTRUCTIONAL POWERS OF THE JUDGE IN BRAZILIAN CRIMINAL
PROCEDURE: ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF LUIGI FERRAJOLI IN
"LAW AND REASON"**

Bruna Azevedo de Castro ¹
Fabrizio Romão Thosi ²

Resumo

Os poderes instrutórios do magistrado no processo penal encontram previsão no art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro e são majoritariamente validados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. A (im)possibilidade de atribuição do poder de produção probatória ao magistrado tende a representar uma aproximação ou distanciamento do sistema processual ao modelo acusatório, dada a sua caracterização a partir da observância sobre a figura processual a qual recai a gestão da prova. Nesse contexto, a presente pesquisa buscou a partir do método teórico observar o instituto dos poderes instrutórios a partir da obra “Direito e Razão”, de Luigi Ferrajoli, a fim de investigar a hipótese: como se dá a relação dos poderes de instrução do magistrado com o marco teórico garantista? A construção para o problema passou pela abordagem crítica acerca do instituto, adotando como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica. Concluiu-se pela impossibilidade de legitimação dos poderes instrutórios a partir do garantismo penal, notadamente em decorrência da função garantidora e protetora desenvolvida pelo marco teórico analisado.

Palavras-chave: Direito e razão, Garantismo penal, Luigi ferrajoli, Poderes instrutórios, Sistema acusatório

Abstract/Resumen/Résumé

The investigative powers of the magistrate in criminal proceedings are provided for in Article 156 of the Brazilian Code of Criminal Procedure and are mostly validated by both the doctrine and the case law of the Superior Courts. The (im)possibility of assigning the power of evidentiary production to the magistrate tends to represent an approximation or distancing of the procedural system from the accusatory model, given its characterization based on the observance of the procedural figure to whom the management of evidence falls. In this context, this research sought, using the theoretical method, to observe the institute of

¹ Doutorado em Direito (FADISP). Mestrado em Direito Penal (UEM). Graduação em Direito (UEL). Professora no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

² Mestrando em Ciência Jurídica (UENP). Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia (PUC-RS). Graduação em Direito (UNIFIO).

investigative powers based on Luigi Ferrajoli's "Law and Reason", in order to investigate the hypothesis: how does the magistrate's investigative powers relate to the theoretical framework of guarantees? The problem was solved by taking a critical approach to the institute, adopting a bibliographical review as the research technique. The conclusion was that it was impossible to legitimize the investigative powers based on criminal guarantorism, especially given the guarantor and protective function developed by the theoretical framework analyzed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Accusatory system, Criminal guarantees, Instructional powers, Law and reason, Luigi ferrajoli

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de pesquisa inserida no campo do direito processual penal brasileiro, que tem como premissa o estudo dos poderes instrutórios atribuídos ao magistrado criminal e formalizados pelo art. 156 do Código de Processo Penal, bem como a existência de amparo doutrinária e jurisprudencial para a utilização prática do instituto.

Entretanto, desde a entrada em vigor do art. 3º-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, instituindo normativamente a natureza acusatória do processo penal brasileiro, foi debatida a possibilidade de coexistência entre o mencionado instituto de matriz garantista e os poderes instrutórios do magistrado. O debate, ao menos jurisprudencialmente, encerrou-se com o julgamento da ADI 6.298, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela compatibilidade dos institutos.

A atribuição de poderes instrutórios ao juiz no âmbito penal tende a representar uma faceta inquisitiva do processo, pouco preocupada com as garantias do imputado ou ainda com a lisura da jurisdição. Partindo da premissa de que o processo penal representa uma salvaguarda dos direitos da parte vulnerável, isto é, do acusado e que, além disso, a Constituição Federal de 1988 inaugura uma tendência garantista de jurisdição penal, bem como a ampla citação da obra de Luigi Ferrajoli na doutrina e decisões judiciais, o presente artigo procurou responder ao seguinte problema: como deve ser visualizada a atuação probatória do magistrado a partir da obra “Direito e Razão” escrita por Luigi Ferrajoli?

Para responder ao problema, a pesquisa se desenvolveu a partir de uma visão teórica, desenvolvida a partir da técnica de pesquisa bibliográfica com intuito de abordar de forma descritiva e crítica os poderes instrutórios do juiz para o garantismo penal, marco teórico adotado para o trabalho.

2. ASPECTOS DOGMÁTICOS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Apesar da previsão normativa do art. 3º-A do Código de Processo Penal, instituída pela Lei 13.964/2019 – inaugurando no processo penal brasileiro a positivação do sistema acusatório e a consequente vedação quanto a substituição pelo julgador da atuação das partes – os poderes instrutórios dos magistrados subsistem na legalidade.

Ensejando a iniciativa probatória por parte do juiz no processo penal, o art. 156 do Código de Processo Penal preceitua pela possibilidade da atuação oficiosa do magistrado no sentido de determinar a realização de diligências, no curso da instrução ou no momento anterior a redação da sentença, voltadas a “dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Pela redação do artigo, a interpretação extraída é no sentido de admissão dos poderes instrutórios do magistrado nas situações específicas em que a instrução seja deficitária no que tange a reunião de elementos suficientes para a decisão judicial.

Para além da crítica sistêmica ou teórica, o próprio Código de Processo Penal possibilita questionar a viabilidade de utilização do mencionado artigo. Isso porque, o art. 386 do mesmo diploma, notadamente nos incisos VI e VII, descreve a necessidade de absolvição nas hipóteses de dúvida acerca da culpabilidade do imputado ou ainda da ausência de provas do fato criminoso.

Assim, o código determina que na existência de dúvidas a medida impositiva é a absolvição. Dessa forma, admitir ao magistrado investigar e produzir provas no intuito de superar dúvidas contraria o próprio regramento legal.

Constitucionalmente, o disposto no art. 386, incisos VI e VII decorre diretamente do princípio da presunção de inocência, previsto no Art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Dessa forma, sendo o imputado presumidamente inocente, a existência de dúvida o favorece em vez de criar a possibilidade de busca probatório pelo juiz com fundamento na dúvida.

Sob outra perspectiva da análise, a jurisprudência dos Tribunais Superiores ao tratar de temas afetos a implementação do sistema acusatório no processo penal brasileiro tem enfrentado a temática e firmado posição no sentido de compatibilidade entre a possibilidade de poderes instrutórios do magistrado e o sistema acusatório.

Inicialmente, destaca-se o Recurso Especial 2.002/413 - PA, julgado no ano de 2023 pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual teve como ponto central a compatibilidade dos artigos 156 e 385, ambos do Código de Processo Penal, com o sistema acusatório. O julgamento foi levado a efeito pela 6ª Turma, participando do julgamento os Ministros Rogério Schietti Cruz, Antônio Saldanha Palheira, Laurita Vaz e Sebastião Reis Junior, este último relator e voto vencido.

O voto do Ministro Rogério Schietti Cruz foi seguido na íntegra pelos demais Ministros com exceção do relator, Sebastião Reis Junior. Em seu voto, o Min. Rogério Schietti Cruz

fundamentou a compatibilidade com o sistema acusatório a partir da subsidiariedade atribuída aos poderes instrutórios.

Na posição do Ministro, em razão da atuação oficiosa do magistrado se dar após o encerramento da atuação probatória das partes não haveria prejuízo a imparcialidade, uma vez que não haveria mais interesse tanto da defesa, quanto da acusação, na produção de novas provas. Fundamenta ainda a posição a partir da natureza pública da atividade do julgador, atribuindo a necessidade de trazer ao processo elementos possibilitadores de conhecer de forma mais próxima a realidade dos fatos como uma preocupação da coletividade, pontuando, entretanto, que essa atuação deve se dar com prudência e isenção.

A respeito do tema, também se observa a posição do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 6.298, que tinha como objeto o instituto do Juiz das Garantias e por consequência toda a repercussão engendrada a partir da validação constitucional atribuída ao art. 3º-A do Código de Processo Penal.

Em sentido muito próximo ao voto do Min. Rogério Schietti Cruz, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão da mencionada ADI, manteve-se atrelado a fundamentação de que a vigência do art. 3º-A do Código de Processo Penal não revoga, ainda que tacitamente, o art. 156 do respectivo código.

O principal fundamento aventado ao longo dos votos no julgamento se referem a não necessária vinculação entre o sistema acusatório e a (im)possibilidade da iniciativa probatória do magistrado. A explicação para a posição adotada, dentre outros motivos, decorre da extensa utilização de autores ligados a teoria geral do processo como referência, ignorando as peculiaridades do processo penal.

As decisões acima referidas caminham ao encontro do como a doutrina majoritária tende a encarar a problemática dos poderes instrutórios do magistrado. No campo doutrinária, elenca-se como expoente em relação ao número de referências nos Tribunais Superiores à obra de Gustavo Badaró, que fundamenta a aplicabilidade dos poderes instrutórios exclusivamente em relação à provas relevantes, de maneira controlada e após o encerramento da atividade das partes. Pontua ainda o autor o aspecto positivo decorrente da atividade instrutória, manifestado a partir do aumento epistemológico do material probatório presente nos autos, fortalecendo a aproximação da verdade. (Badaró, 2023, p. 27-28).

Na perspectiva de Gustavo Badaró, o debate central não deve recair na possibilidade de exercício ou dever de inércia do magistrado em relação a atuação ativa na produção de provas, mas sim em relação aos limites dessa atuação. Na visão do autor, há diferença entre atividade investigativa e instrutória, importando assim na inexistência de violação da imparcialidade quando da busca de provas pelo magistrado. No mesmo contexto, o autor delimita a possibilidade de averiguação das provas exclusivamente na hipótese de existência nos autos da fonte a ser extraída o conteúdo probatório, sendo vedado ao magistrado apenas a busca de meios de prova (2023, p. 31).

Assim, a busca probatória pelo magistrado decorre de atuação com fins epistêmicos de aumento do conhecimento para a formulação da decisão, não se confundindo assim com atuação investigativa, esta última, na visão do autor, pautada pelo primado da hipótese sobre os fatos e marcadamente contrária ao princípio da imparcialidade (Badaró, 2023, p. 33).

Portanto, em primeiro momento é necessário partir da premissa de que no ordenamento processual penal brasileiro o instituto dos poderes instrutórios do magistrado são amplamente aceitos e, além disso, fundamentados em correntes doutrinárias e jurisprudenciais. Dessa forma, a partir do pressuposto adotado neste primeiro momento, o restante do trabalho enfrentará a temática a partir da interpretação extraída da teoria garantista de Luigi Ferrajoli.

3. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DAS PREMISAS INTERPRETATIVAS GARANTISMO

No contexto do pensamento de Luigi Ferrajoli, a primeira premissa a ser apontada decorre da necessidade de se visualizar o processo penal a partir da óptica de proteção dos direitos fundamentais da parte vulnerável no contexto da persecução penal.

A partir dessa premissa, a teoria garantista se preocupa com a contenção dos poderes decorrentes da atuação punitiva do estado quando em contraponto com a tutela dos direitos fundamentais. Assim, o garantismo pode ser alocado dentro de uma perspectiva contramajoritária no contexto do processo penal, na medida que se preocupa exclusivamente com a máxima proteção das garantias do acusado. Diante disso, o garantismo se propõe a ser uma teoria dos direitos fundamentais que atua a partir de uma perspectiva unidirecional, ou seja, possui apenas eficácia “negativa” em relação às funções estatais (Pinho; Albuquerque; Sales, 2019, p. 179),

Essa perspectiva é resultado da interpretação de que poder deve ser visualizado a partir da desconfiança (Pinho; Albuquerque; Sales, 2019, p. 166). Portanto, na perspectiva de legitimação interna do direito, todo o poder estatal estaria sujeito ao direito, de modo que o garantismo passaria necessariamente pela existência de um constitucionalismo protetor dos direitos fundamentais. Assim, a não existência de limites e garantias transformaria a atuação punitiva do estado em mero instrumento de medição da força.

O direito penal não poderia mais ser visto sob o prisma de prevenir crimes, mas sim como uma “técnica de minimização de violência e do arbítrio na resposta do delito”, na medida que ele coloca esse “mais fraco da relação” como um conceito estático, pois no momento do delito é a vítima, no processo o acusado e na execução o réu. Assim, o processo penal serviria para diminuir a reação social e “não para proteger a maioria, mas sim para proteger ainda que contra a maioria” (Ramos; Chaves; 2020, p. 108).

A técnica de defesa de Ferrajoli cuida especialmente dos direitos de liberdade, uma vez que ele próprio os define assim como uma expectativa de não lesão, enquanto os direitos coletivos (sociais) se referem a uma expectativa de realização. Dessa forma, o pensamento de Ferrajoli é voltado primordialmente a esfera criminal, não havendo direcionamento no tocante a tutela de direitos sociais. Desse modo, Ferrajoli não se refere ao “realizável”, mas sim ao “não realizável” em matéria de poder punitivo (Pinho; Albuquerque; Sales 2019, p. 174).

Desde logo, infere-se que o garantismo se propõe a trabalhar apenas com a realidade individual dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos sociais e coletivos não são objetos sobre os quais a teoria garantista buscaria atuar. Dessa forma, concepções abstratas atribuídas ao processo penal não encontram amparo na perspectiva de Ferrajoli.

No mesmo sentido, orientações abstratas direcionadas ao processo penal tendem a instrumentalizar o processo, afastando-o da concepção de proteção dos direitos fundamentais do acusado e, além disso, fornecendo espaço para a utilização autoritária do processo. Assim para Ricardo Jacobsen Gloeckner, “a redução do papel do processo a um mecanismo de instrumentalização do direito material deformará as estruturas que poderiam, de alguma forma, contribuir para o avanço e a construção de um processo penal democrático” (2018, p. 536).

Destaca-se ainda que a obra “Direito e Razão” decorre da vivência e interpretação de Luigi Ferrajoli a partir do ordenamento criminal da Itália, marcado historicamente por resquícios da legislatura do período fascista. Assim, a visualização de dispositivos processuais sob a óptica garantista jamais poderá se desgarrar da necessidade de afastar ao máximo

permanências autoritárias do processo. Assim, a visualização do processo enquanto instrumento de concretização dos fins do direito material opõe-se em gênese ao garantismo. Sobre a instrumentalização e sua função autoritária, pontua ainda Ricardo Jacobsen Gloeckner:

A questão criminal, para o fascismo, é posta unicamente em um sentido instrumental. Portanto, ação penal, pretensão punitiva e relação jurídico-penal (e processual penal) serão carregadas de sentido instrumental. Eis as portas abertas para a concepção juspublicística e instrumental do processo, que será objeto de análise mais adiante. Entretanto, como hipótese parcial de pesquisa, a instrumentalidade ou a instrumentalização do direito e do processo penal será uma estratégia adotada pelas práticas punitivas do fascismo italiano” (2018, p. 215).

Ocorre então, que concepções processuais difundidas contemporaneamente que atribuem ao processo fins epistêmicos, de centralidade da verdade, ou ainda, a partir de um panorama punitivista, de “justiça”, jamais poderão partir de premissas garantistas ou fortalecer a argumentação com a perspectiva de Luigi Ferrajoli, diante da completa modulação dos fins do processo, uma vez que deslocam o fim de limitação máxima do poder punitivo e maximização das garantias fundamentais para o campo instrumental, atribuindo fins outros ao processo penal.

Contudo, é importante pontuar que o garantismo de Ferrajoli não pode ser vinculado a abertura de espaços para a não responsabilização criminal, notadamente em razão do garantismo penal ser antes de qualquer conceituação um “paradigma de legitimação do poder punitivo”, ainda que construído a partir da deslegitimação em razão do excesso (Pinho; Albuquerque; Sales, 2019, p. 177). Assim, no pensamento de Salo de Carvalho:

O modelo garantista pretende instrumentalizar um paradigma de racionalidade do sistema jurídico, criando esquemas tipológicos baseados no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, com intuito de limitar o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada. (Carvalho, 2001, p. 82).

Justamente em razão da proposição garantista de maximizar os direitos fundamentais, os modelos de processo penal autoritários se caracterizariam pela ausência ou ainda pela inoperância dos limites em relação ao poder de intervenção do estado (Carvalho, 2001, p. 84).

Ferrajoli parte também de uma noção reformada de utilitarismo para imposição da pena, consubstanciada na não objetificação do acusado dentro do sistema punitivo. A reforma do pensamento utilitário é guiada pela transmutação da prevenção especial negativa, justamente porque, para o autor garantista, conforme lecionam Ana Cláudia Bastos de Pinho e Fernando da Silva Albuquerque, a imposição da pena seria legítima a partir da proibição das reações

informas e violentas, e para isso a passagem pelo processo judicial seria indispensável, notadamente em razão da sua função protetiva (p. 2019, p. 24-25).

Dessa forma, o processo como pressuposto obrigatório para imposição de uma pena não objetificadora do acusado e impeditiva da vingança privada, por consequência, deve se afastar de práticas autoritárias, sobretudo quando relacionadas a atuação inquisitiva do julgador, como é o caso de sua atuação investigativa no âmbito do processo, tema este que será abordado adiante a partir da obra original de Ferrajoli.

4. A FIGURA DO JUIZ E OS PODERES INSTRUTÓRIOS NA CONCEPÇÃO DE FERRAJOLI NA OBRA “DIREITO E RAZÃO”

No contexto da configuração prática do garantismo, a obra de Luigi Ferrajoli parte da premissa de que existem diferentes níveis de garantismo quando da observação de um sistema criminal. Nesse sentido, ao mencionar os graus de garantismo de um ordenamento, o Italiano discorre a partir da visualização ou não dos princípios axiomáticos da teoria garantista.

Dentre os axiomas basilares da teoria garantista, especialmente em matéria criminal, se destaca o oitavo postulado, representado pelo verbete “*nulla judicium sine accusatore*” – não há processo sem acusação. A partir do pressuposto elencado, desde logo é possível mensurar a inserção da separação das funções desempenhadas pela acusação e julgador, pressupostos do sistema acusatório, dentro do núcleo fundante do garantismo.

Não é por outra razão que Ferrajoli fundamentará a configuração de um método inquisitivo na hipótese de subtração do axioma acima referido em um sistema penal. A inexistência ou desvirtuamento do axioma fundante das separações de acusar e julgar conduziria a um contexto de violação da imparcialidade. Dessa forma, a violação da imparcialidade iniciaria um processo em cascata de ruína do sistema criminal, uma vez que também comprometeria por consequência a publicidade e a oralidade do processo. (Ferrajoli, 2002, p. 79).

No mesmo sentido, a não garantia da imparcialidade do juízo ocasionaria a debilidade de todo o sistema penal, em especial as garantias da presunção de inocência, do contraditório e ainda criaria um contexto de debate acerca do ônus acusatória da prova. Em situações mais graves, levaria a um cenário processual de “indeterminabilidade da verdade processual”, admitindo condenações em cenários de ausência probatória (Ferrajoli, 2002, p. 79).

A respeito da verdade e o seu atingimento a partir do processo, Luigi Ferrajoli é convicto no sentido de que a visualização da verdade no processo relaciona-se umbilicalmente com o sistema processual. Para o autor, a partir da teoria traçada por Beccaria, o garantismo se desenvolve dentro de um “processo informativo”, marcado pela indiferença do juiz em relação a verdade real, diferindo em essência do modelo inquisitivo, marcado por um “processo ofensivo”, definido como um cenário em que o magistrado atuaria em situação oposta ao acusado, isto é, visualizando-o como culpado e retirando a busca da verdade a partir do fato e a transferindo para uma busca da culpabilidade do réu, nessa situação observado como inimigo. (Ferrajoli, 2002, p. 660).

Admitindo-se a verdade processual na concepção garantista, é indispensável afirmar que essa verdade deverá ser construída a partir da ação dialética das partes, com o distanciamento do magistrado, em virtude de a imparcialidade ser condição de formação da verdade dos autos, pois pressupõe a igualdade das partes em relação ao conteúdo probatório, todavia, com a imposição do ônus à acusação (Ferrajoli, 2002, p. 468).

A questão da verdade, na fundamentação de Ferrajoli, demarca a sistemática processual do sistema, uma vez que o processo inquisitivo se converte:

em um lugar em que não apenas (ou nem tanto) se comprova senão que se constitui diretamente em pressuposto substancial da pena; onde não apenas se prova senão que se põe em prática diretamente e se define o caráter de “amigo” (arrependido, dissociado ou similar) ou de “inimigo” do imputado, segundo se ponha ou não por parte da acusação diante da defesa, cujo papel teria sem embargo direito a representar. Evidentemente, entre esta subjetivação do modo de processo todas as garantias processuais clássicas – do princípio do contraditório ao ônus da prova, da defesa à presunção de inocência – terminam carentes de sentido (2002, p. 660).

O autor inaugura a terminologia “gigantismo processual” para formular a interpretação de um cenário processual marcado pela ampla possibilidade de atuações abusivas por parte de acusação e do magistrado, marcadamente correlacionadas a um processo de aumento dos instrumentos probatórios sem o devido resguardo dos direitos fundamentais do acusado. Assim, apareceria um processo penal guiado pela emergência, em que seriam oferecidos ao magistrado instrumentos viabilizadores da atuação inquisitiva, tais como o enfraquecimento do pressuposto de que todo ônus acusatório da prova compete a acusação e aumento dos mecanismos de obtenção pressão sobre o acusado na tentativa de forçar sua colaboração com a hipótese acusatória (Ferrajoli, 2002, p. 661).

Outra problemática suscitada por Ferrajoli em relação a aparição de instrumentos inquisitivos nas mãos do magistrado decorre da subversão da atividade jurisdicional em atividade “policialesca”. Na visão do autor, a atuação inquisitória própria das atividades policiais dos sistemas mistos – configuração também criticada pelo Ferrajoli, recebendo pelo autor, inclusive, a nomenclatura de “monstro” (2002, p. 454) – apesar de incompatíveis com a teoria garantista, seriam reduzidas em razão da controlabilidade posterior dos atos pelo judiciário. Todavia, a “perversão policialesca” do poder judiciário, representada por um magistrado abusivo, ensejaria um problema ainda mais grave, em decorrência da impossibilidade de controle dos atos, contaminando assim a jurisdição a partir de sua atuação policial. (Ferrajoli, 2002, p. 664).

Para a teoria garantista, portanto, a figura do juiz é central para a verificação do direcionamento do sistema processual em relação a proteção das garantias fundamentais. E, mais do que isso, a jurisdição e a submissão do acusado ao processo é pressuposto indispensável de aplicação da pena, notadamente a partir do sétimo axioma proposto por Ferrajoli, *nulla culpa sine iudicio* – não há culpa sem processo. A indispensabilidade da jurisdição decorre diretamente da necessidade de afastamento da reprimenda criminal das vinganças e penas privadas, podendo somente o Estado a partir da jurisdição garantir essa proteção, entretanto, para isso seria indispensável um órgão judiciário em posição de estranhamento em relação as partes (Ferrajoli, 2002, p. 432-433).

Sendo a jurisdição inderrogável para a aplicação da pena – tendo em vista a posição do garantismo como teoria legitimadora da punição criminal – não deve haver possibilidade de enfraquecimento do postulado de maximização das garantias do acusado em razão de práticas autoritárias e abusivas, sobretudo quando praticadas pelo julgador.

Ademais, Ferrajoli fundamenta pela coexistência de garantias orgânicas e procedimentos próprias aos sistemas acusatórios. Nesse sentido, a separação entre acusador e julgador (garantia orgânica) e a publicidade, oralidade e contraditório na formação das provas (garantias procedimentais) denotam a correspondência com a matriz acusatória; por outro lado, a imparcialidade e a necessidade da prova seriam integrantes a todos os tipos de processo, todavia, sistemas inquisitivos tenderiam igualmente a preteri-los. (Ferrajoli, 2002, p. 434).

Assim, a grande diferenciação entre os modelos inquisitivo e acusatório a partir do acima delineado, na perspectiva garantista, seriam então adequação do conteúdo das provas do processo a uma perspectiva cognitiva – ligada ao sistema acusatório – ou decisionista – pensada

a partir do modelo inquisitivo. Em outras palavras, admitindo o garantismo a existência da verdade no sistema punitivo, a demarcação entre a verdade buscada ser processual ou substancial é o marco divisório de um sistema acusatório ou inquisitório.

Ilustrando, menciona Ferrajoli:

[...] as garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma verdade mínima em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação. Ao contrário, o processo decisionista, e tipicamente o inquisitivo, assenta-se em todos os casos na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma verdade máxima, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas e ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa. Nesse segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam); enquanto no primeiro é o fim que é legitimado pelos meios (porque fundado ou garantido por vínculos representados). (2002, p. 434-435).

Relembrando a posição contramajoritária do processo penal, para o garantismo, a verdade processual ainda é a única capaz de blindar o Poder Judiciário, notadamente porque garantiria ao processo a legitimação racional e legal necessária para a aplicação da pena. Além disso, a verdade substancial abriria caminho para a opinião pública adentrar ao processo, permitindo assim a condenação a partir do interesse da maioria, dada a possibilidade instrumental de abusos em nome da verdade. Precisamente, um sistema verdadeiramente garantista não decorre da aprovação majoritária, mas sim de critérios racionais no momento do processamento do acusado (Ferrajoli, 2002, p. 437).

Assim, a conciliação entre a garantia das liberdades do indivíduo submetido ao processo penal e a garantia de uma verdade processual obtida por meio da atividade probatória das partes que tem como óbice a impossibilidade de abuso:

[...] confere valor político e intelectual à profissão do juiz, exigindo-lhe tolerância às razões controversas, atenção e controle sobre todas as hipóteses e contra hipóteses em conflito, imparcialidade diante do conflito, prudência, equilíbrio, ponderação e a dúvida como hábito profissional e como estilo intelectual. Para sua realização, enquanto o consenso é desnecessário, podendo até mesmo ser danoso, é possível, e não preocupante, a divergência da maioria. Há um só sujeito do qual sói preocupar-se que os juízes obtenham, senão o consenso, ao menos a confiança, graças a garantias idôneas de exceção: e esse sujeito é o imputado, habitualmente expressão não da maioria, mas de uma minoria mais ou menos marginalizada e sempre em conflito com o interesse punitivo do Estado e das suas expressões políticas. (2002, p. 439).

Como se observa, a forma de obtenção do conteúdo probatório disponível para a decisão judicial se relaciona necessariamente com o grau de inquisitorialidade do sistema penal. Nessa toada, um sistema decisionista tende a abranger instrumentos que possibilitam a busca ativa de material probatório pelo juiz, uma vez que a verdade substancial, isto é, aquela ocorrida em relação de igualdade com a realidade é o fim almejado, além de objetificar o acusado, dada a personificação de inimigo a ele atribuída.

A garantia da imparcialidade é visível quando Ferrajoli focaliza o acusado como alvo primordial da confiança emanada pelo juízo. Dessa forma, não bastaria a jurisdição ser imparcial ou dizer-se imparcial, mas efetivamente passar a segurança para o imputado de que será julgado por um órgão estranho aos sentimentos da acusação ou ainda do clamor popular.

Em razão disso, um sistema penal garantista deve igualmente ser verificada como um instrumento de segurança, não coletivamente considerado, mas individualmente, no aspecto de proteção do acusado contra o arbítrio punitivo. Assim, Ferrajoli pontua que “o sinal inconfundível de perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos” (2002, p. 441). Portanto, quando um acusado inocente possuir medo, desconfiança ou insegurança em relação a jurisdição penal haveria um posicionamento do sistema penal do lado de fora do Estado de direito (p. 441).

A preocupação com a função contramajoritária inerente ao julgado resulta da significativa viabilização de práticas inquisitivas dentro de um processo penal marcado pela emergência, notadamente em um cenário guiado pela ilusão do “panjudicialismo” também retratado por Ferrajoli, representado pela fetichização do uso indiscriminado do direito penal, resulta numa submissão da função jurisdicional aos objetivos da política estatal punitiva afastada da premissa de garantia dos direitos fundamentais a partir do processo penal (2002, p. 451).

Ao longo da obra de Ferrajoli, é mencionado em múltiplas ocasiões a necessidade de atribuição do encargo probatório da acusação ao acusador. Em outras palavras, o ônus de prova da culpabilidade, dentro do sistema garantista, pertence inteiramente a acusação. Partindo dessa premissa, os elementos probatórios presentes no processo com viés de responsabilização do acusado deverão ser produzidos exclusivamente pela atuação do acusador.

Com isso, é primordial a compreensão de que a atribuição integral do ônus da prova à acusação representa a necessidade de inércia do julgador, notadamente porque em um sistema de verdade processual representado pelo confronto dialético entre acusação e defesa, o julgador ao assumir uma postura ativa na construção do material probatório estaria moldando a verdade do processo – e assim trazendo resquícios de uma verdade substancial, pois partiria de uma hipótese – e trazendo para si o ônus probatório da acusação, confundido a sua função de garantidor da proteção jurisdicional ao acusado com a de acusar.

Não é por outro motivo que Ferrajoli pontuará a possibilidade de denominar um sistema de acusatória quando estiver presente a figura de um juiz passivo, monoliticamente separada da atuação das partes, incumbido unicamente pelo julgamento público, estando o ônus das alegações todo atribuído à acusação e posteriormente submetido ao contraditório (Ferrajoli, 2002, p. 452). Em sentido contrário, descreverá como inquisitório “todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e avaliação das provas [...]” (2002, P. 452).

Desse modo, na propositura garantista, o modelo processual inquisitivo tende a se agarrar em um juiz ativo, com a atuação constante no tocante aos poderes instrutórios, violando assim por correspondência toda a construção axiomática da teoria garantista, dada a sua vinculação ao sistema acusatório.

O proposto é decorrência imediata da indissociável necessidade de distanciamento do magistrado em relação às partes, de maneira que a separação das funções de acusar e julgar, delimitadas pela possibilidade de interferência no material probatório é aspecto fundante das garantias procedimentais do juízo, devendo assim ser cultivada no processo acusatório:

Enquanto ao sistema acusatório de fato convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, e, portanto, mais prudente que sapiente, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa (Ferrajoli, 2002, p. 461)

Dessa maneira, é imprescindível se firmar qual é o juiz necessário para a jurisdição garantista, de modo que a atitude dos juízes ao longo dos processos determinará a legitimidade do próprio poder de punir.

Mesmo com um sistema penal firmado no garantismo não é possível falar-se em absoluta emancipação quanto ao subjetivismo judiciário, uma vez que ainda haveria espaço para discricionariedade da atividade jurisdicional, pois existem situações que são exclusivas da

atividade jurisdicional, haja vista que se desdobram em parte de atividade cognitiva do sujeito, a exemplo da valoração das provas.

Entretanto, Ferrajoli enfrenta a problemática a partir de um grau fortalecido de garantismo, onde as garantias do imputado estariam maximizadas a partir de “vínculos normativos”, reduzindo o espaço de atuação decisionista do magistrado. Assim, apesar de reconhecer a impossibilidade de abolir o subjetivismo, o autor aponta que a teoria garantista a partir dos graus de garantismo poderia reduzir o caráter subjetivo do magistrado (2002, p. 646).

Por esse viés, a imparcialidade enquanto garantia orgânica pressupõe a equidistância do juiz em relação aos interesses das partes, marcando assim a sua “separação institucional” não apenas com os demais poderes existentes no Estado, mas também para com as partes. Dessa forma, não deverá o juiz ser considerado um instrumento do Estado ou ainda a jurisdição como um aparato estatal com legitimidade representativa. O magistrado “julga em nome do povo, mas não da maioria, em tutela das liberdades também das minorias” (2002, p. 464).

Ademais, fundada a teoria garantista numa visão protecionista do imputado, a independência do magistrado correlaciona-se também com a tutela do acusado em face dos outros poderes em sentido amplo, tanto públicos, como privados ou ainda político-econômicos, pois o magistrado não deverá prestar contas a outra pessoa além da figura do réu. Dessa forma, a admissão de uma postura inquisitiva pelo juiz implicaria na deterioração do primeiro filtro de proteção do acusado contra a vingança: a jurisdição (Ferrajoli, 2002, p. 470).

Assim, para a garantia da imparcialidade não deve haver possibilidade de se verificar um juiz com qualquer espécie de interesse acusatório, garantia essa que somente será viabilizada diante da ausência de mecanismos policiais ensejadores da atuação do magistrado no sentido de interferir oficiosamente na produção probatória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do texto, a hipótese levantada de incompatibilidade entre os poderes instrutórios do magistrado e a teoria garantista foi demonstrada a partir da demonstração dos pressupostos basilares de um sistema processual penal garantidor, de fato, de proteção as garantias do acusado.

Assim, a autorização para a iniciativa probatória do juiz se mostra em descompasso com um pretense sistema penal garantista, notadamente porque amplia o espaço de decisionismos judiciais, bem como desestabiliza a estrutura dialética do processo aferida a partir da exclusividade do ônus probatório nas mãos da acusação e compromete a imparcialidade do julgador, fragilizando por consequência a legitimidade da jurisdição.

Portanto, qualquer proposição defensora da existência de poderes instrutórios atribuídos ao magistrado não poderá ser lastreada teoricamente na obra “Direito e Razão” ou ainda na corrente garantista de Luigi Ferrajoli, notadamente porque o autor inaugura uma proposta de legitimação do poder de punir do estado a partir da sujeição do acusado a uma jurisdição protecionista, com sua legitimidade condicionada a maximização das garantias fundamentais do imputado e pela ausência de mecanismos inquisitivos ou possibilitadores de concepções prévias ou fundadas no clamor social.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.
- BRAISL, Superior Tribunal da Justiça. **Recurso Especial n. 2.022/413-PA**. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. Brasília, DF, publicado em 14/02/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27202200356440%27.REG>. Acesso em: 24/04/2024.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, publicado em 19/12/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em: 24/04/2024.
- CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal I: Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2023.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 21ª Ed. São José dos Campos: Saraiva Jur, 2024.
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 10ª Ed. São José dos Campos: Saraiva Jur, 2024.
- PINHO, A. C. B.; ALBUQUERQUE, F. S. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. 1a. ed. São Paulo: Tirant Brasil, 2019.

PINHO, A. C. B.; ALBUQUERQUE, F. S.; SALES, José Edvaldo. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas 'críticas' Made In Brazil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v. 1, p. 155-186, 2019.

VARGAS RAMOS, Beatriz; DE OLIVEIRA CHAVES, Álvaro Guilherme. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 102–126, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/30097>.