

DAS GARANTIAS PENAIS DO
AGENTE INVESTIGADO ÀS
ATRIBUIÇÕES LEGAIS DO JUIZ DAS
GARANTIAS SOB O PRISMA DA
TEORIA GARANTISTA DE LUIGI
FERRAJOLI EM SEDE DO ATUAL
SISTEMA JURÍDICO-PENAL E
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

*FROM THE CRIMINAL GUARANTEES OF THE INVESTIGATED
AGENT TO THE ASSIGNMENTS LEGAL REQUIREMENTS OF
THE JUDGE OF GUARANTEES UNDER THE PRISMA OF THE
GUARANTEE THEORY OF LUIGI FERRAJOLI IN THE
HEADQUARTERS OF THE CURRENT BRAZILIAN CRIMINAL
LEGAL AND PROCEDURAL SYSTEM*

Rodolfo Domingos Ribeiro de Jesus

Resumo: Este artigo tem como escopo discorrer sobre o instituto do juiz das garantias contemplado na Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como “Pacote Anticrime”, cuja responsabilidade concentra-se no controle da legalidade da investigação

criminal bem como na salvaguarda dos direitos individuais do cidadão investigado, nos exatos termos do artigo 3-B desta lei, incorporado ao Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 sob a perspectiva teórica do garantismo penal do jurista e professor italiano Luigi Ferrajoli, o que deu azo à instituição do respectivo magistrado na tentativa de se conceber ações mais acertadas e mais condizentes com o nosso ordenamento jurídico pátrio, estampadas num posicionamento garantista, tudo isto após a exposição das nuances e informações mínimas necessárias à contextualização e compreensão do pensamento e da ciência penal e/ou criminal.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Pacote Anticrime. Direito Penal e Processo Penal. Garantismo Penal. Estado Democrático de Direito.

Abstract: This article aims to discuss the institute of the guarantee judge contemplated in Law nº 13.964, of December 24, 2019, also known as the “Anti-Crime Package”, whose responsibility focuses on controlling the legality of the criminal investigation as well as safeguarding of the individual rights of the investigated citizen, in the exact terms of article 3-B of this law, incorporated into the Brazilian Code of Criminal Procedure, Decree-Law No. 3.689, of October 03, 1941. Luigi Ferrajoli, which gave rise to the institution of the respective magistrate in an attempt to conceive more correct actions and more consistent with our national legal system, stamped in a guaranteeing position, all of this after exposing the nuances and minimum necessary information to the contextualization and understanding of criminal and/or criminal thought and science.

Keywords: Warrant Judge. Anti-Crime Pack. Criminal Law and Criminal Procedure. Criminal Guarantee. Democratic state.

INTRODUÇÃO

É sabido, por meio de documentos históricos e pelo que a ciência pôde constatar ao analisar civilizações humanas pretéritas, que o surgimento do Direito Penal se conjuga com o surgimento da própria sociedade. Ele nasce em meio ao sentimento de vingança e não de justiça. Ou seja, seu trajeto também acompanha os passos da evolução do Estado. As inferências da Igreja são de grande importância em suas conceituações, sendo necessário retornar, de forma sucinta, aos primórdios do Direito Penal.

DIREITO PENAL: ORIGEM E HISTÓRIA

Como dito anteriormente, sabemos que o Direito Penal, assim como todos os demais ramos do Direito têm sua origem na sociedade. Cabe mencionar, aqui, o antigo brocardo forense que diz: “*ubi societas, ibi ius*”, que traduzido para o português, significa: “*onde houver sociedade, aí estará o direito*”. Neste sentido, é certo afirmar que só há direito porque existe a sociedade. Dito isto, sabe-se que, muito antes da existência do chamado *Estado Civil*, os grupos humanos não estavam juridicamente organizados, situando-se no que se denomina *Estado de Natureza*, dentro do qual só havia o caos e a barbárie, a violência imperava e se operava pelas mãos daqueles que prevaleciam contra os demais que eram dominados. Entretanto, com o advento do *Contratualismo ou Contrato Social*, teoria política filosófica que pregava a necessidade de o ser humano organizar a vida em sociedade a partir da instituição de um *Estado Soberano*, uma instituição jurídica e política que iria reger a vida e as relações entre os indivíduos, onde todos deveriam abdicar de certos privilégios e direitos pessoais, tais como a liberdade e transferir ao Estado outros direitos, únicos, portanto. Como exemplo, podem ser citados a jurisdição e o direito de punir e, sob esse aspecto, concluímos que o Estado passou a deter o monopólio da violência legítima, não cabendo mais aos particulares fazer justiça com as próprias mãos.

Desta feita, vale registrar aqui que, embora o ser humano tenha se estabelecido social, jurídica e politicamente e tendo ensejado a instituição do Estado e das instituições, é certo afirmar que o Direito Penal atual que conhecemos é o resultado de um longo processo histórico-evolutivo ocasionado e impulsionado pelas mudanças e transformações sociais que ocorreram na história das civilizações humanas. Isto é, sua aparência e modelagem do presente não devem ser encaradas como sua forma concreta, final, acabada, mas que ainda tem muito a evoluir e se reinventar, dada a dinâmica social existente. Está em permanente construção, portanto.

No tocante à história do Direito Penal, é possível a sua divisão em períodos para melhor compreensão. Assim, temos o chamado *Período Primitivo*, compreendido como aquele em que o homem sempre viveu em grupo e precisou de regras para reger sua vida social. O chamado *Período Antigo*, iniciado por volta de

4.000 a.C., é marcado pelo aparecimento das primeiras civilizações com organização sócio-político-econômica e a figura do soberano representando tanto o poder absoluto do Estado nascente como o Direito Penal, que vem celebrando o aspecto humanitário e a codificação das leis penais e, posteriormente, à época *Cesare Beccaria* influenciado o Direito Penal vigente com a publicação de sua obra, intitulada *Dei delitti, delle pene*, em português “Dos Delitos e Das Penas” em 1764. Um pequeno livro que se tornou o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente.

Nele, *Beccaria* parte da ideia do contrato social, afirmando que o fim da pena é apenas o de evitar que o criminoso cause novos males e que os demais cidadãos o imitem, sendo tirânica toda punição que não se funde na absoluta necessidade. Defendia a conveniência de leis claras e precisas, não permitindo sequer ao juiz o poder de interpretá-las, opondo-se, dessa forma, ao arbítrio que prevalecia na justiça penal.

Combateu a pena de morte, a tortura, o processo inquisitório, defendeu a aplicação de penas certas, moderadas e proporcionadas ao dano causado à sociedade. *Beccaria* era contrário à justiça medieval que ainda vigorava em seu tempo.

Tem-se chamado o movimento de reforma que se inicia com a enorme repercussão que obteve a obra de *Beccaria* de Humanitária, pois lança a ideia do respeito à personalidade humana e se funda em sentimentos de piedade e compaixão pela sorte das pessoas submetidas ao terrível processo penal e ao regime carcerário que então existia.

DIREITO PENAL MODERNO, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTISMO PENAL

O italiano Luigi Ferrajoli, autor da teoria do garantismo penal, e que se autodefine como um juspositivista crítico, em uma de suas entrevistas, explica que

o garantismo é um modelo normativo de direito, nato do direito penal, como sistema de limites às autoridades de punição, como garantias de direitos e liberdades. Todavia, o garantismo é um modelo normativo que pode ser extenso a todas as garantias e direitos fundamentais, não só aos direitos de liberdade, mas também aos direitos políticos, sociais. Um sistema de limites a todos os poderes, não só aos poderes públicos, mas também aos poderes privados (FERRAJOLI, 2014, p. 783/784).

Em seu livro “Direito e Razão”, apresenta a teoria geral do garantismo penal, distinguindo em três significados diferentes, porém, interligados entre si, a definição de garantismo. A primeira diz que:

garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza com um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2014, p. 785/786).

Neste caso, o Garantismo Penal traz segurança aos cidadãos, pois, atua para minimizar o poder punitivo e assegurar suas liberdades, em um Estado Democrático de Direito, onde o poder obrigatoriamente surge do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição. (NOVELLI, 2014, p. 120).

Remetendo-se ao Direito Brasileiro, esta primeira definição se assemelha muito ao sistema nacional, prezando pela defesa dos direitos e garantias

fundamentais inerentes ao ser humano, principalmente àquele que está sob o julgamento do Estado em um processo.

No segundo significado, Ferrajoli diz que:

garantismo designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas também pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2014, p. 786).

Este significado traz uma visão crítica do ordenamento jurídico que, teoricamente poderá ser intitulado garantista, mas na prática poderia adotar um rumo diferente. (NOVELLI, 2014, p. 121).

No terceiro significado, Ferrajoli afirma que:

garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2014, p. 787).

Diverso dos significados anteriores, este terceiro traz uma visão externa da teoria. A teoria permanece em seu tom crítico, porém, sob outro aspecto de

pesquisa, “não analisada sob o ponto de vista normativo, ou do conflito entre normas, apresenta-se como uma crítica filosófica, laica, pautada na finalidade da teoria garantista”. (NOVELLI, 2014, p. 121).

De acordo com Branco (2013), o Garantismo Penal relaciona-se há um aglomerado de teorias penais e processuais penais determinadas pelo filósofo jurídico italiano Luigi Ferrajoli, consistente em uma “proteção naquilo que se encontra positivado, escrito no ordenamento jurídico” combinada com um “Estado Democrático de Direito”.

Bessil (2015) segue a mesma linha de raciocínio explicitada acima, utilizando, de forma explicativa ao tema a frase: “Estou protegido (garantido), pois está na lei (escrito/positivado)”.

Stipp (2006) entende que o garantismo se liga ao conceito de Estado de Direito, tendo o intuito de delimitar e impedir as injustiças, os excessos do Estado.

Com base em todos estes entendimentos, fica evidente que o Garantismo Penal busca a defesa dos ideais descritos em lei por meio de uma intervenção mínima do Estado, para evitar uma eventual injustiça.

Em suma, antes de expor o cidadão a uma medida tão grave, se faz necessário a prévia avaliação, com extrema prudência, para que não ocorra uma injustiça. O ordenamento jurídico brasileiro, em regra, se norteia pelo pensamento do direito penal mínimo, que busca o procedimento com base em todos os direitos e garantias fundamentais, inerentes ao indivíduo, para que diminua a possibilidade de punição ao inocente, diferente do que ocorria em séculos passados pelo mundo afora em que o ser humano demonstrava sua inocência por meio da resistência à tortura.

O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO FRENTE À IMPLEMENTAÇÃO DO PACOTE ANTICRIME E A SUSPENSÃO DO INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS PELAS ADI's 6298, 6300 E 6305 EM SEDE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

A figura do Juiz das Garantias foi criada pelo chamado "Pacote Anticrime" (Lei nº 13.964/2019) que alterou sobremaneira o Código de Processo Penal, o Código Penal e outras legislações. Pode-se afirmar que o Pacote, no tocante ao processo, reafirmou sua natureza acusatória. No entanto, pela possível lesão a mandamentos constitucionais, o Ministro Luiz Fux entendeu que deveria haver a suspensão da nova figura.

Todas as suspensões feitas pelo Ministro Luiz Fux foram sine die, ou seja, sem prazo para se tornarem válidas, diferente das determinadas anteriormente pelo Ministro Dias Toffoli. Desse modo, elas aguardam pelo Plenário do STF para serem ou não referendadas.

Ressalta-se que a decisão incide sobre a eficácia das normas e não sobre estas, de modo que elas podem ser encontradas expressamente nos diversos Diplomas alterados. Não podem, contudo, serem aplicadas, sendo este o resultado prático do Decisum.

Apesar da revogação da decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli, caso a lei seja futuramente declarada constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), acredita-se que possivelmente haverá a determinação de prazo hábil para que os Tribunais possam se adaptar às determinações contidas na lei.

Segundo uma das teses levantada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) impetradas perante o STF, o Juiz das Garantias trata de organização judiciária. Assim dispõem os artigos 96 e 125 da Constituição Federal:

Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; [...] d) propor a criação de novas varas judiciárias; “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

O Ministro Luiz Fux acatou esse entendimento no momento do deferimento da liminar. Para ele, os artigos que tratam do Juiz das Garantias são, simultaneamente, normas gerais de processo e de organização judiciária.

Já o Ministro Toffoli, em sua prévia decisão, não entendeu do mesmo modo. Segundo ele, lei processual versa sobre jurisdição, ação e processo, estando o juiz das garantias aqui enquadrado, enquanto a lei de organização judiciária trata da administração dos órgãos investidos da função jurisdicional. Nessa esteira, destaca-se que o STF entendeu pela constitucionalidade dos Juizados de Violência da Lei Maria da Penha. É possível, portanto, que o mesmo ocorra com relação ao Pacote Anticrime.

Ao que parece, trata-se da administração dos órgãos investidos da função jurisdicional. Assim, se este entendimento for adotado pelo Plenário, possivelmente haverá a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Conforme aventado pelo Ministro Fux na concessão da liminar, em tese, os artigos que tratam do Juiz das Garantias acarretarão em relevante impacto financeiro, não tendo havido prévia dotação orçamentária para os possíveis gastos a serem criados. Haveria para ele, portanto, um vício quanto à materialidade.

Em sentido oposto, o Ministro Toffoli defendeu a constitucionalidade material dos dispositivos. Para ele, numa visão apontada inclusive pelo Executivo Federal, não será necessário que se criem novos cargos, pois uma simples readequação de recursos humanos tornará possível a implementação do Juiz das Garantias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face ao exposto, cabe dizer que, embora seja comum às sociedades humanas existentes experienciarem de maneira mais ou menos semelhante a necessidade de organização social e promoção do bem-comum para que a vida possa ser possível e os direitos de cada particular também, seja por considerar crenças e valores religiosos ou não, é lícito consignar que a instituição do Estado organizado foi

essencial à administração, não só da propriedade como dos direitos dos cidadãos e da própria vida em si.

Neste sentido, cabe ao Estado e suas instituições criar maneiras eficazes de atender aos anseios sociais, ao mesmo tempo em que consiga superar conflitos de tal forma que não incorra no desrespeito às bases e princípios estabelecidos pela sociedade. Isto é, cabe unicamente ao Estado investigar, julgar, condenar e punir os agentes que praticam ilícitos contra a ordem social de maneira justa, célere, eficiente, condigna e que tenha por primazia a consideração para com esses mesmos personagens, já que são cidadãos e sujeitos de direito como os outros também.

Assim sendo, é certo afirmar que o Estado deve garantir os direitos das pessoas em todos os momentos, principalmente quando estas forem submetidas e postas diante dos tribunais, onde o que deve ser mais relevante do que a aplicação da pena deve ser o sujeito que aí se coloca.

Destarte, o juiz das garantias instituído pela lei ora apresentada se coloca como um agente a favor da defesa dos direitos do acusado e não a favor da injustiça ou da impunidade, a fim de evitar possíveis equívocos ou exageros que venham a atingir o que se deseja proteger. Entretanto, é sabido que o referido instituto é recente em nosso País, embora não o seja para outros como a Alemanha, Portugal, Itália, Estados Unidos e Argentina, por exemplo.

Embora essa mesma lei tenha vindo com a finalidade de reforçar o arcabouço jurídico-processual ora vigente, é pertinente considerarmos que ainda não estamos devidamente preparados para a sua implementação, tendo o posicionamento de Ministros da Suprema Corte aqui mencionados, juristas, membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e outras Autoridades neste sentido, cujas respostas são manifestas por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) movidas, sugerindo certa cautela e maior amadurecimento do assunto e com possíveis projeções futuras.

Finalmente, enquanto não se aplica o respectivo instituto em nosso ordenamento pátrio, importa agora a continuação e aperfeiçoamento dos

dispositivos em vigor para que seja viável a melhor aplicação do direito, da justiça e do bem-estar social em nosso País.

REFERÊNCIAS

BAGHIM, B. B.; BAGHIM, F. G. M.; BASOLI, L. P. **Coleção Direito Penal e Processual Penal – Teoria e Prática**, Vol. 4, Ed. D' Plácido, 2019.

BRITTO, Bruno C. **Garantismo Penal**. Jus Brasil, 2017. Disponível em:<<https://brunocbritto.jusbrasil.com.br/artigos/507307896/garantismo-penal>>. Acesso em: 01 fev 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

Constituição Federal de 1988, Planalto, 2021. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 fev 2021.

Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro, Planalto, 2021. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 fev 2021.

Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal Brasileiro, Planalto, 2021. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01 fev 2021.

Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – “Pacote Anticrime”, Planalto, 2021. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 01 fev 2021.

Rodolfo Domingos Ribeiro de Jesus

Graduado em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO. Mestrando em Direito no programa de pós-graduação stricto sensu da Fundação

Universitária Iberoamericana - FUNIBER (2022). E-mail:
rodolfo.domingos@hotmail.com