

(Garantismo Penal Integral)

Douglas Fischer

Dia 5.11.2023, 10h

Partindo-se das premissas originárias da obra de Luigi Ferrajoli, numa primeira aceção, garantismo designa um modelo normativo de direito.

Num plano político, revela-se como uma técnica de tutela que deveria ser capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e num plano jurídico “*como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos*”. Em consequência, é garantista “*todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efetiva*”.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 851-852. O cerne dessa concepção vem sendo acolhida pelas Cortes interamericana e europeia de direitos humanos.

Já numa segunda acepção, o garantismo designa uma teoria jurídica de validade e efetividade como categorias distintas não somente entre si, mas também acerca da existência e vigência das normas. Sob esse espectro, garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser em Direito.

Numa frase: não há obrigação – especialmente aos juízes – de aplicar as leis inválidas (incompatíveis com o ordenamento constitucional), ainda que vigentes. Regras podem ser formalmente vigentes, mas, para além disso, precisam ser válidas, isto é, estarem emitidas de acordo com os princípios e valores fundamentais estampados não só nos ordenamentos comunitários, mas também nas próprias Constituições.

*Pelo prisma de **uma terceira acepção**, garantismo designa **uma filosofia política** que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos (todos, enfatizamos nós !) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos.*

É nesse ponto que, talvez, se irá demonstrar que essa justificação fundamental não pode ser mais vista exclusivamente pelo prisma de direitos fundamentais de quem eventualmente está sendo investigado ou processado.

***Não significa**, evidentemente, defender uma desconsideração desses vetores fundamentais num sistema de direito democrático, muito menos visualizar um utilitarismo no direito penal, mas unicamente a compreensão de que as ordens constitucionais e comunitárias possuem previsões – e assim as interpretam as Cortes internacionais, como se verá – de outros preceitos fundamentais que merecem igual consideração no momento da análise de seus comandos normativos.*

Essas três acepções de *garantismo*, diz Ferrajoli, delineiam uma *teoria geral do garantismo*: o caráter vinculado do poder público ao estado de direito; a *separação entre validade e vigência*; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade.

A partir dos ensinamentos de Marina Gascón Abellán, podemos sustentar que, num verdadeiro Estado garantista, notadamente os poderes e instituições do Estado não têm um opção de *disposição*, **pois existem limitações e obrigações (inclusive positivas, dizemos) impostas pelos bens e valores constitucionais.**

Gascón Abellán, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel. SALAZAR, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 30.

Não há dúvidas que Ferrajoli ao escrever sua primeira obra (“garantismo” não é sua expressão ...) tinha uma “preocupação originária maior” com o investigado !

Por qual razão ?

Pelos desrespeitos aos direitos e ausência de previsão de garantias constitucionais.

Falava muito na necessidade também de uma “codificação”.

Veremos aos poucos suas fundamentações. E mais que isso: alguns “problemas” pelas interpretações isoladas...

O ponto de partida de nossa discussão:

A Constituição Federal

É nela que estão os

princípios e regras fundamentais

que permitem extrair nosso referencial para justificação e compreensão do sistema (também) Penal e suas consequências jurídicas.

ADOLFO BIDART é preciso quando define que “*la mera formulación de los derechos humanos*” [...] *revela la necesidad de su complementación con los deberes humanos , que tienen igual significación y trascendencia que aquellos con los que mutuamente se deslindan y garantizan en su ejercicio o realización. Los derechos humanos en cada hombre requieren, para su efectiva existencia, igual fundamento o base, de deberes de igual jerarquía e significación.*

(De Derechos, deberes y garantías del hombre común. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2006).

O que seria um PROCESSO “JUSTO” ?

“O processo penal não há de ser, doravante, compreendido [...] a mero anteparo a possíveis atos de arbitrariedade estatal [...]. O processo penal HODIERNO há de ser devidamente alçado a MEIO DE ORGANIZAÇÃO DE UM JULGAMENTO JUSTO, destinado à realização efetiva dos DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS, em favor de RÉUS E INVESTIGADOS, VÍTIMAS DA CRIMINALIDADE e dos INTERESSES COLETIVOS de PROTEÇÃO DA SOCIEDADE”.

(p. 164)



Há um dever de o Estado PUNIR
(com eficiência – art. 37, CF/88) ?

Sim

MAS

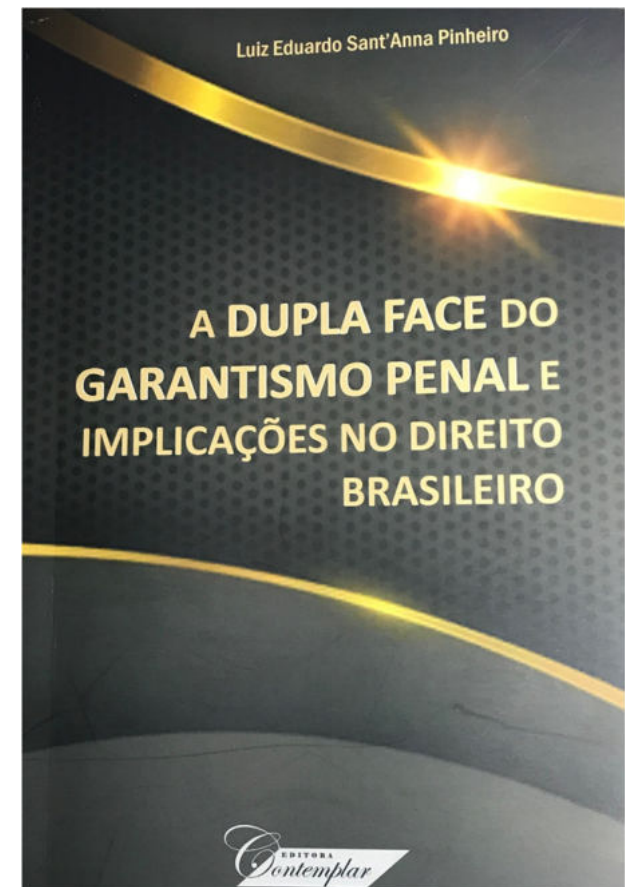
Respeitando as regras do “jogo”

Problema: **NÃO APENAS VISUALIZANDO INTERESSES DO**
INVESTIGADO/RÉU

Está correta essa posição ?

A vítima – o débil no momento em que se dá o delito – tem todos, absolutamente todos os direitos que o sistema coloca à disposição (indenização, proteção, por exemplo), **mas não no campo penal**: *o Direito Penal nada deve à vítima*. **Em palavras mais dóceis, as angústias do ofendido serão satisfeitas nos outros ramos do direito**. A relação jurídico-penal se dá exclusivamente entre o legitimado ativo: o Estado-perseguidor e o cidadão-acusado [...]"

(**Amilton Bueno de Carvalho**, em “Direito Penal das Marteladas”, **apud** “**A Dupla Face do Garantismo Penal e Implicações no Direito Brasileiro**; **Pinheiro, Luiz Eduardo Sant’Anna**, 2019, p. 67)



Será isso mesmo ?

Está correta essa visão “unilateral” do Direito Penal ?

Quais as consequências disso num sistema que se queira democrático e que o Direito deve funcionar como proteção de todos ?

Como salienta Prieto Sanchís, **Ferrajoli sempre insistiu que o paradigma garantista** “es uno y el mismo que **el actual Estado constitucional de derecho**”, o en que **representa la otra cara del constitucionalismo**, concretamente aquella que se encarga de formular las técnicas de garantías idóneas para asegurar **el máximo grado de efectividad a los derechos [...]** - **TODOS** os direitos, explicitamos ! – “[...] reconocidos constitucionalmente”.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y Garantismo. In: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.41.

Perfecto Andrés Ibáñez insiste que se debe analizar a existência atualmente de um
“**garantismo dinámico, que es el que**
trasciende el marco de o proceso penal y también el de la mera garantía individual
de carácter reactivo para
ampliarse al aseguramiento de otros derechos e de los correspondientes espacios
hábiles para su ejercicio”.

FERRAJOLI É EXPRESSO:

“Garantia é proteção

“... a TODOS OS DIREITOS, NÃO SÓ AOS DE LIBERDADE, mas também aos bens estipulados como VITAIS, com as consequentes OBRIGAÇÕES DE SATISFAÇÃO E PROTEÇÃO, BEM COMO PROIBIÇÕES DE LESÕES [...]

“Cos é il garantismo ?

Criminalità Annuario di scienze penlistiche 2014, p. 131.

FERRAJOLI ainda reconhece que “**son derechos fundamentales TODOS**
AQUELLOS *derechos subjetivos que corresponden universalmente a*
TODOS los SERES HUMANOS *en cuanto dotado del status de personas”*”

(Derechos y garantías. La Ley del más débil. Ed. Trotta, 2001, p. 37)

[...] A proteção internacional de direitos está inserida em um pano de fundo completamente diferente daquele "garantismo a senso único"

[...]

O quadro de valores subjacente à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo é de uma "garantia de 360 graus", que determina a "levar a sério" em IGUAL MEDIDA os direitos fundamentais de TODAS as pessoas

[...] .

(BALSAMO, Antonio. L'art. 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria, Cassazione penale, Milano, n. 11, 2014, p. 3926).

Em evento em Roma no dia 28.6.2022, Vladimiro Zagrebelski, juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos de 2011 a 2010, destacou:

“As obrigações positivas do Estado implicam a PROTEÇÃO DE TODOS os direitos fundamentais”.

Repetimos nós: de “TODOS” os direitos fundamentais.

Há muito defendo o que denominei de

GARANTISMO “PENAL INTEGRAL”,

que nada mais é

-

e nenhuma “novidade” inclusive no STF –

do que o **EQUILÍBRIO**

entre

GARANTISMO POSITIVO x GARANTISMO NEGATIVO

A posição que destaquei antes da citação é

uma visão EXCLUSIVA do garantismo “negativo”:

O Estado tem limitações de atuação contra o acusado/réu/processado !

Será apenas isso, pergunto novamente ?

A compreensão de que o *garantismo* deveria proteger **exclusivamente direitos fundamentais de primeira geração tem gerado, em nossa compreensão, verdadeira desproteção sistêmica.** É dizer: sem racionalidade (para não dizer *sem fundamentação*), **protegem-se exclusivamente direitos individuais fundamentais sem que se note uma consideração dos demais direitos fundamentais** que formam a complexa teia de bens e valores que possuem proteção constitucional.

Existem “**garantías negativas y positivas**; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algún derecho fundamental, **mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho**”.

Carbonell, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p.182.

Como **bem conclui Luiz Eduardo Sant´Anna Pinheiro**, reportando-se ao que defendemos
(e “assim nominamos” na origem)

a “doutrina do garantismo integral pontua que a correta compreensão dos postulados garantistas consiste em considerar que, na preservação dos direitos fundamentais individuais sob o aspecto processual, há também a necessidade de se propiciar a eficiência do sistema com a conseqüente preservação do direito social de segurança para todos”. (op. cit., p.71)

E ainda acrescenta:

“não se trata de propagar o Direito Penal máximo ou um Direito Penal do Inimigo, mas a necessidade de integração do Garantismo ao sistema de proteção do Estado Social, no qual necessariamente se deve estabelecer um equilíbrio entre os extremos. Para eles, ao assim procederem, os aplicadores da norma viabilizarão o integral cumprimento da proposta garantista sistematizada por Ferrajoli”. (Op. Cit., p. 75)

A propósito, destaco excertos de voto **do Ministro Gilmar Mendes**

(dentre tantos que já utilizou, no

RE 418.376-MS):

“Quanto à **proibição de proteção deficiente**, a doutrina vem apontando para **uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo** (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, **na perspectiva do dever de proteção**, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. [...]

[...] "Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: **de proteção positiva e de proteção de omissões estatais**. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, **a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.** [...]

[...]

[...] No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet: "**A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso**, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os **desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.**"

[...]

[...] E continua o **Professor Ingo Sarlet:**

"A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, **no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção**, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo)."

Professor Carlos Bernal Pulido é objetivo:

*“**La segunda variante del principio de proporcionalidad**, que también se aplica para controlar la constitucionalidad de la legislación penal, pero desde el punto de vista de la satisfacción e **las exigencias impuestas por los derechos de protección**, es la **prohibición de protección deficiente**. [...] La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los **derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente (el untermassverbot) de la doctrina alemana**. Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos”*

(BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*).

A propósito de não ser o tema nenhuma novidade, recomendo a leitura de

SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade. O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e de Insuficiência, Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v.3, n. 12, p. 86-120, 2003.*

A compreensão e a defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação sistemática (por isso integral) dos princípios, das regras e dos valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988 (o *novo marco teórico* que referimos inicialmente), há também *novos paradigmas* influentes *também* (ao que interesse precipuamente aqui) em matéria penal e processual penal. Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos INTEGRAIS do sistema garantista.

QUERO ABRIR UM PEQUENO ESPAÇO

Recentemente revi uma palestra proferida pelo Professor Rodrigo Chemin

Está em

<https://youtu.be/SUMniqpTQcl>

(ACONSELHO TODOS ASSISTIREM !)



Ele faz uma crítica, após instigado pelo debatedor !

E a crítica é “inteligente”

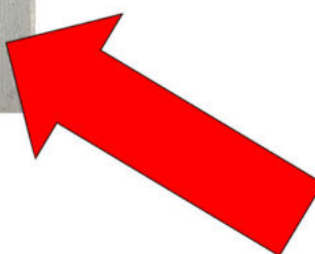
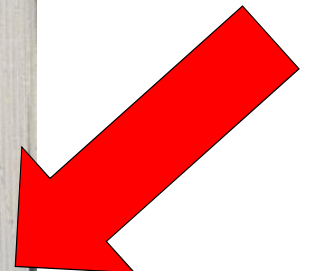
(muito diferente de algumas que ouço “por aí”, algumas até com tons desrespeitosos).

Mas creio (creio !) que ele parte de uma premissa não bem compreendida: **na verdade, eu não critico Ferrajoli** (*ele diz que não seria necessário criticar usando a expressão GARANTISMO INTEGRAL*), **mas critico o MODO COMO PRETENDEM**

APLICAR os ensinamentos dele sem a devida CONTEXTUALIZAÇÃO

(embora eu discorde sim de algumas questões e premissas do próprio Maestro Luigi Ferrajoli)

O PERCURSO PARA SE CHEGAR AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO



GARANTISMO NA CONSTITUIÇÃO

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Bastante incisiva e objetiva, a advertência de Miguel Carbonell é no sentido de que a **teoria garantista de Luigi Ferrajoli apresenta-se como um paradigma inacabado**, como uma *obra no meio do caminho*, carente de complementação e devida compreensão.

Carbonell, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p.171.

Especialmente em terras brasileiras é preciso reafirmar a premissa de que **os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, possuindo também o denominado postulado de proteção**. Como reconhece **Canaris**, não existe unicamente uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*).

Enquanto a Proibição de Excesso (**übermaßverbot**) **depende da aferição de estar sendo restringido excessivamente um direito fundamental** (especialmente os de *primeira geração*), **a Proibição de Proteção Deficiente (untermaßverbot)** está em se apurar quando direitos fundamentais – em face de condutas (notadamente criminais) que os atinjam – **não estão sendo suficientemente protegidos, ou ainda quando se está afastando indevidamente o cumprimento dos deveres fundamentais.**

Os mandados de proteção de direitos e deveres fundamentais à luz da Constituição e das regras convencionais.

“A constitucionalização somada à convencionalização dos princípios processuais de justiça exige significativa mudança na postura dogmática dos intérpretes e aplicadores do direito também no âmbito da análise sobre a organização do procedimento judicial”

As fontes normativas internacionais provenientes do sistema de tutela dos direitos humanos - *o que inclui os aportes jurisprudenciais da Corte Interamericana para o caso do Brasil* - devem ser utilizadas como cânones interpretativos do direito pátrio, **gerando uma obrigação aos juízes domésticos de aplicarem o ordenamento jurídico interno de maneira conforme também ao direito supranacional**, valorizando, assim, exegese normativa que preserve o Estado dos riscos de uma responsabilização internacional por descumprimento de obrigações daí decorrentes.

Não podemos olvidar do *jus cogens* ... E veremos a seguir a importância dos reconhecimentos das Cortes de DIREITOS HUMANOS !

Para Ferrajoli, o sistema garantista tem pilares firmados sobre dez princípios fundamentais que, ordenados, conectados e harmonizados *sistemicamente*, determinam as "regras do jogo fundamental" de que se incumbe o Direito Penal e também o Direito Processual Penal.

São os seguintes princípios:

- 1) Princípio da Retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) Princípio da Legalidade;

- 3) Princípio da Necessidade ou da economia do Direito Penal;
- 4) Princípio da Lesividade ou da ofensividade do evento;
- 5) Princípio da Materialidade ou da exterioridade da ação;
- 6) Princípio da Culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) Princípio da Jurisdicionariiedade;

8) **Princípio Acusatório ou da separação entre juiz e acusação;**

9) **Princípio do Ônus da prova;**

10) Princípio do Contraditório e da ampla defesa

Destaco importantes considerações de

LUGI FERRAJOLI (*alguns , por aqui, “esquecem de dizer que ele diz isso”*),
para quem, mediante o uso do Direito Penal,

**“o Estado deve preocupar-se com as infrações cometidas pelos senhores -
corrupção, balanços falsos, valores sem origem e ocultos, fraudes ou
lavagem de dinheiro, ao contrário do que normalmente se faz em relação à
propaganda da necessária punição exclusiva dos crimes que “ocorrem nas
ruas.**

(Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 254)

Muitos estão procurando “atacar” o que sustento dizendo que distorci a “Teoria de Ferrajoli”.

Dizem que “garantismo há um só !”

Não procuro distorcer nada, mas alertar algumas coisas:

- A ideia “inicial” de Ferrajoli era sim a proteção PRIMORDIAL do investigado (*já destacamos anteriormente*), *mas não tem a finalidade “única”*.

- Mas ele mesmo admite que a teoria dele é um paradigma inacabado e que a ideia do garantismo é a mesma do atual Estado Constitucional de Direito.

E se alguém deturpa algo não sou eu, respeitosamente.

Vi um evento com palestra do professor Ferrajoli

A palestra tratava do “Princípio da Legalidade nos dias de hoje”.

Entretanto, o debatedor foi direto a um ponto: procurar perguntar da (nossa) expressão “garantismo penal integral”, dizendo expressamente que a proposta é de “retirar direitos fundamentais do investigado”.

Vou ler o que ele disse, para que não me acusem (de novo ...) de estar distorcendo algo:

Vídeo no youtube

“EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD HOY”

<https://www.youtube.com/watch?v=x5NW81ZRwFo&t=4779s>

Olhar a partir de 1h19min40s, pergunta ...

Vejam a resposta especialmente a partir de 1h32min30s

[...]Diante desse quadro introdutório é que eu desejo apresentar minhas indagações ao prof. Ferrajoli. A primeira delas: alguns autores brasileiros insistem em afirmar a existência de um garantismo integral em oposição ao garantismo hiperbólico monocular. Trata-se de uma afirmação segundo a qual existiria um verdadeiro garantismo que não teria por objeto apenas os direitos do acusado, mas também os direitos das vítimas e dos demais cidadãos reunidos sob um PRETENSO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA (sic). Segundo essa concepção, o garantismo que se dirige apenas ao acusado seria a causa de impunidade, pois violaria o direito à segurança pública. Em contraposição ao argumento de que o acusado seria um débil na relação processual, apresentam a justificativa de que a vítima e os demais cidadãos seriam os débeis quando da prática do crime. Assim, sintetizando, o garantismo deveria proteger o acusado e as vítimas da mesma forma, pois o verdadeiro garantismo, ou seja, o garantismo integral, tem que dar o mesmo tratamento aos direitos individuais do acusado e aos direitos sociais dos demais cidadãos.

[...]O que ele defenderia na obra dele seria um garantismo integral, e que isso faria com que **o direito à segurança pública estivesse no mesmo patamar das garantias individuais ou processuais.**

Isso é um grande problema no Brasil porque sob essa argumentação, acabamos vendo na prática uma série de flexibilizações das garantias fundamentais.

A questão não é de “flexibilização”, mas não ver que NÃO EXISTEM APENAS GARANTIAS INDIVIDUAIS !

Resposta: Non soy seguro que hay entendido todo que lo joven colega ha dito. Lo creo que **non se puede contraponer lo acusado y la victima. La victima no tiene un interese a una condena cualquiera - tiene lo mismo interese que lo imputado en la certidumbre de la verdad.**

Las partes del proceso, no solamente el imputado, más también la víctima son garantizados a las reglas del correcto desarrollo de las pruebas y publico debate. Las pruebas son siempre pruebas probabilísticas - no es posible una demostración, solamente la lógica deductiva, la pluralidad de confirmación y siempre con la posibilidad del dubio, un principio de civilidad también en interés de la victima, que solamente interesa la condena de una persona que ha sido condenada con un correcto proceso.

¿Más cual es el interese de la víctima?

¿El interese a una condena cualquier?

A una limitación del principio in dubio pro reo, de la presunción de inocencia? ¿

Cuál es el derecho de la víctima?

Yo creo que el derecho de la víctima ES MISMO que el derecho de lo imputado.

Es decir, a la verdad procesal que debe ser argumentada con la técnica de la prueba - el mismo derecho. No hay ningún conflicto.

É ISSO ! SIMPLEMENTE ISSO !

Segundo Mantovani, Ferrando. La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti e libertà nello stato di diritto. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, a. 46, n. 3, 2003, p. 709, o sistema supranacional de proteção dos direitos humanos indica claramente a superação de uma ideia normalmente identificada como se tratando de um “GARANTISMO PENAL UNILATERAL dei diritti del reo più che dei diritti della potenziale vittima”. (os direitos do agressor, em vez dos direitos da vítima potencial)

Em sentido análogo, Balsamo, Antonio. L'art. 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria. *Cassazione penale*, Milano, n° 11, p. 3925-3937, 2014, p. 3926, refere que o “garantismo a senso unico” foi suplantado no âmbito internacional, inclusive na Corte EDH, por um “garantismo a 360 gradi”.

SOBRE GARANTISMO E OS INTERESSES DAS VÍTIMAS

Em evento no Ministério da Justiça (**8ª Conferência do Ciclo de Altos Estudos Justiça Sem Fronteiras**), em Brasília, no dia 29.9.2014 (especialmente a partir de 1h48min da gravação), extraio as seguintes partes (sem edição para evitar descontextualização, mas com cortes de questões faladas paralelamente – se puderem, escutem na íntegra), a pergunta e a resposta dada pelo Professor Ferrajoli são as seguintes:

“Eu queria perguntar ao Professor Ferrajoli qual é a visão dele em torno da compatibilidade do princípio da responsabilização penal em torno dos crimes de “lesa humanidade” e a teoria garantista pelo menos em dois aspectos concretos [...] e, num segundo aspecto, QUANTO A UMA REGRA BÁSICA da prescritibilidade, pois que toda a jurisprudência em torno desses crimes sustentam ser eles imprescritíveis e impassíveis de anistias. [...] Como o senhor vê a compatibilidade desse movimento internacional em torno da responsabilização penal dos agentes cometedores de crime contra a humanidade e o garantismo penal ?”

Resposta:

*“**Vamos eliminar um equívoco.** Não é uma questão de compatibilizar, é uma questão de implicação, sobretudo do **GARANTISMO, que IMPÕE uma PRINCIPAL GARANTIA, que é a garantia À VIDA e DE DIREITOS FUNDAMENTAIS,** e, antes de tudo, contra os crimes de Estado [...] Quanto à imprescritibilidade [...] são mesmo imprescritíveis, **é um DEVER de ressarcimento em confronto com o DIREITO DA VÍTIMA,** mesmo que passado muito tempo”.*

Congresso Online Internacional de Direito Público, CERS, 16 de junho de 2020,
palestra com título “A seletividade do Sistema Punitivo e a Jurisdição
Constitucional”, o Ministro Edson Fachin destacou que:

“Resta evidente que o direito, tal como insculpido nas escolhas feitas pelo Constituinte edificou uma sociedade que evidentemente busca estabelecer limites e, ao mesmo tempo, estatuir as respectivas possibilidades. Portanto, é nessa medida que se assenta um primeiro pilar, esse pilar da legitimação dentro ...

*do Estado de Direito Democrático das respostas que esse sistema constituído trouxe na base da própria sociedade e do próprio Estado, que restaram edificados em 1988. **E um segundo pilar evidentemente se refere ao sentido e ao alcance da expressão direitos e garantias aplicáveis com elementos de defesa de todos aqueles que são chamados a responder por atos ou omissões elevados ao estatuto de ilícitos de natureza penal.***

Nós entendemos que a expressão do garantismo integral significa garantir, pleonasticamente falando, garantir, assegurar direitos e garantias insculpidos quer na Constituição, quer em consonância com a Constituição na legislação infraconstitucional, e, ao mesmo tempo, garantir a resposta justa, adequada, necessária às transgressões e aos ilícitos que sejam ou tenham sido cometidos”.

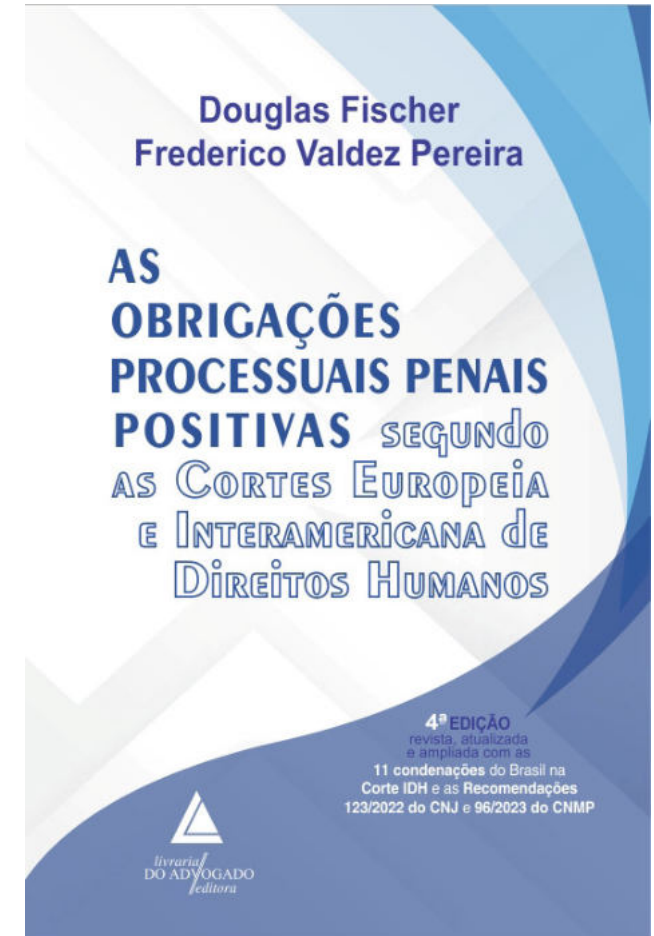
Há se referir, ainda, algumas rápidas considerações sobre o que denominamos **de “Obrigações Processuais Penais**

Positivas”,

tendo-se como base especialmente decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Obra “Obrigações Processuais Penais Positivas segundo as Cortes europeia e interamericana de direitos humanos”,
Livraria do Advogado, Porto Alegre, 4ed. , 2023.

Já mencionada anteriormente



*“[...] encontram-se decisões das Cortes que, densificando como verdadeiras obrigações processuais de natureza penal, reconhecem que as cláusulas convencionais protetivas dos direitos fundamentais **exigem dos sistemas jurídicos domésticos a condução de investigações aprofundadas, céleres e diligentes**, que permitam esclarecer os fatos e punir os responsáveis ao final do processo”.*

(VALDEZ, Frederico; FISCHER, Douglas. Obrigações Processuais Penais positivas, 2022, 3 ed)

“[...]Segundo a “jurisprudência mais desenvolvida do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, **trata-se de verdadeira obrigação imposta aos Estados membros de conduzir mecanismo penal apto ao esclarecimento dos fatos lesivos aos interesses das vítimas**, havendo precedentes na mesma linha de inúmeros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

(VALDEZ, Frederico; FISCHER, Douglas. *Obrigações Processuais Penais positivas*, 2022, 3 ed)

[...]

“[...] Os deveres processuais positivos decorrem diretamente, como implicações imediatas, dos direitos humanos protegidos nas Convenções.”

(VALDEZ, Frederico; FISCHER, Douglas. Obrigações Processuais Penais positivas, 2022, 3 ed)

A justiça criminal com a **dupla função de servir como ESCUDO e como ESPADA** dos direitos fundamentais.

As expressões são mencionadas, por ex., por TULKENS, Françoise. *The paradoxical relationship between criminal law and human rights. Journal of International Criminal Justice, Oxford, vol., nº 3, p. 578, July 2011*, a qual atribui a origem da locução: **“the dual ‘shield’ and ‘sword’ function of criminal justice”** a uma exposição feita pela ex-juíza da Corte Penal Internacional Christine Van den Wyngaert em 1995. Com senso diverso, apenas pela ótica da pessoa ofendida, ou seja, no sentido de que o processo opera tanto como fundamental instrumento de proteção e mecanismo destinado a satisfazer o anseio de justiça, mas que pode também reproduzir uma experiência traumática a vítimas vulneráveis, a exigir, assim, que a vítima seja protegida “pelo” e “do” processo, funcionando, portanto, como: **“Lo scudo e la spada”**, é o título da obra **ALLEGREZZA, Silvia et al.**, *Lo scudo e la spada, esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia. Torino: G. Giappichelli, 2012.*

A doutrina europeia identifica na sentença do caso **VELÁSQUEZ RODRIGUEZ, de 1988**, um **marco referencial** importante no desenvolvimento internacional da ideia de que os Estados Partes têm obrigações positivas na tarefa de proteção dos direitos humanos, e que essas obrigações abrangem também o dever de prevenir, investigar e sancionar – com eficiência e eficácia – as violações dos direitos fundamentais albergados nas Convenções.

Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras. (Fondo), série C, nº 4, § 166. Segundo LAVRYSEN, Laurens. Positive obligations in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Inter-American and European Human Rights Journal*, nº 7, 2014, p. 95, 101, desde o caso **Velásquez-Rodríguez a Corte IDH CLARAMENTE REJEITOU A “CONCEPÇÃO CLÁSSICA”** **de que os direitos fundamentais somente impulsionam obrigações negativas aos poderes estatais, atestando a importância da justiça penal na efetiva proteção de direitos fundamentais.**

LEADING CASE DA CORTE IDH

Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras

Sentença de 29 de julho de 1988

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf

[...]176. O Estado está, por outra parte, obrigado a investigar toda situação na qual tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune **e não se restabeleça, enquanto seja possível, à VÍTIMA a plenitude de seus direitos, pode afirmar-se que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição.** O mesmo é válido quando se tolere que os particulares ou grupos deles atuem livre ou impunemente em prejuízo dos direitos humanos reconhecidos na Convenção.

CORTE IDH – O que é impunidade ???

A Corte definiu a impunidade como “*a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, instrução processual e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana, uma vez que o Estado tem a obrigação de combater tal situação por TODOS os meios legais disponíveis, já que A IMPUNIDADE PROPICIA A REPETIÇÃO CRÔNICA DAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS E TOTAL DESPROTEÇÃO DAS VÍTIMAS e seus familiares”*

(Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C, n. 74, par. 186; Corte IDH, Caso do Tribunal Constitucional. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C, n. 71, par. 123; Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C n. 70, par. 211)

CONDENAÇÕES DO BRASIL NA CIDH

Caso (1) Caso Ximenes Lopes vs Brasil (primeira condenação).

Caso (2) Escher e outros vs Brasil

Caso (3) Sétimo Garibaldi vs Brasil

Caso (4) Gomes Lundt e outros vs Brasil.

Caso (5) Trabalhadores Fazenda Brasil Verde vs Brasil

Caso (6) Favela Nova Brasilia vs Brasil.

Caso (7) Xucuru vs Brasil

Caso (8) Vladimir Herzog e outros vs Brasil

Caso (9) Fábrica de Fogos Sto. Antônio de Jesus, 2020

Caso (10) Barbosa de Souza, de 7 de setembro de 2021

Caso (11) – Caso Sales Pimenta, de junho de 2022 (sentença divulgada em outubro de 2022)

CASO ESCHER vs Brasil

Na 2ª (das 11) condenações do Brasil, vejam o que disse a Corte IDH:

“133. Este Tribunal tem asseverado que o direito de acesso à justiça deve assegurar, em um tempo razoável, **O DIREITO DAS SUPOSTAS VÍTIMAS** ou seus familiares a que seja feito todo o necessário para conhecer a **VERDADE do sucedido e sejam SANCIONADOS OS RESPONSÁVEIS**”.

Cf. Caso Bulacio vs. Argentina. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C n. 100, par. 114; Caso Kawas Fernández, par. 112; e Caso Ticona Estrada e outros, par. 79. Íntegra em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf

CASO EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS

Vs

BRASIL

Sentença de 15.7.2020

*205. A Comissão concluiu que o Estado descumpriu o dever de investigar os fatos com a devida diligência e em prazo razoável. Lembrou que **o acesso à justiça deve assegurar, em um tempo razoável, o direito das supostas vítimas** ou de seus familiares de que se faça todo o necessário para conhecer a verdade sobre o ocorrido, e que se punam os eventuais responsáveis.*

[...] **216.** *Este Tribunal vem reiterando que as garantias judiciais compreendidas no artigo 8.1 da Convenção estão intimamente **vinculadas ao devido processo legal**, o qual “abrange as condições que se devem cumprir para **assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial**”.*

217. [...] **O acesso à justiça** pode ser verificado quando o Estado garante, em um tempo razoável, **o direito das supostas vítimas** ou de seus familiares de que se tomem todas as medidas necessárias para conhecer a verdade sobre o ocorrido e, caso seja pertinente, punir os eventuais responsáveis.

[...] **218**. Nesse sentido, a Corte recorda que os artigos 8 e 25 da Convenção **também consagram o direito de obter resposta às demandas** e solicitações apresentadas às autoridades judiciais, visto que a **eficácia do recurso implica uma obrigação positiva** de oferecer uma resposta em um prazo razoável”.

(Observação: recomendo a leitura sobretudo desse caso na ÍNTEGRA, para que cada um tire suas conclusões, especialmente diante de doutrinas que defendem, por aqui, que o Direito Penal “nada deve” às vítimas, e que “garantias existem apenas” para os investigados/réus)

Vejamos a 10ª condenação do Brasil na Corte IDH em setembro de 2021

(divulgada em novembro de 2021)

Publiquei um texto no endereço

<https://temasjuridicospdf.com/condenacao-no-10-caso-barbosa-de-souza-de-7-de-setembro-de-2021/>

Mas vamos analisar algumas questões que “reforçam” tudo que já falamos segundo o entendimento da Corte IDH.

No caso concreto, reconheceu-se que o Estado brasileiro é “**responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, contidos nos artigos 8.1, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,** em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos sem discriminação e ao dever de adotar disposições de direito interno, estabelecidos nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação às obrigações previstas no artigo 7.b da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em prejuízo de M.B.S. e S.R.S., nos termos dos parágrafos 98 a 151 da presente Sentença”.

Trata-se da (*já esperada e por nós anunciada a algum tempo*) condenação no caso que resultou da impunidade dos autores do **homicídio de Márcia Barbosa de Souza**, ocorrido na noite **entre os dias 17 e 18 de junho de 1998**. Nesse caso, a *investigação* começou imediatamente, no dia seguinte aos fatos, em 19 de junho, com a instauração de inquérito policial. Após a coleta de provas testemunhais e periciais, o Delegado de Polícia responsável pela investigação fez um relatório no dia 21.7.1998, em que indicou, pelo menos, a participação central no referido crime de Aécio Pereira de Lima, à época Deputado Estadual no Estado da Paraíba. Entretanto, pelo fato de haver a “prerrogativa de foro”, os autos foram enviados ao Procurador-Geral de Justiça, que apresentou a denúncia criminal em 8.10.1988.

Pelo sistema jurídico vigente na época, era necessária a *autorização prévia* para processamento de parlamentares (tal como existente no art. 53 da Constituição brasileira, anterior à EC nº 35/2001). O pedido foi negado (na redação atual do § 3º do art. 53, “*Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação”).*

Ulteriormente, com a perda de prerrogativa de foro do suposto autor por não reeleição, o processo foi enviado novamente a primeiro grau, tendo-se iniciado o processo formalmente em 14.3.2003. Em razão da pronúncia em 27.7.2005, foi interposto recurso pela defesa no dia 3.8.2005, que foi confirmada em 31.1.2006.

Na (primeira) sessão de julgamento do plenário do Júri, em 25.6.2007, o advogado do réu não compareceu (*procedimento “muito comum” para buscar a protelação*). Mas em **26.9.2007**, quando realizado o julgamento em plenário, **Aécio Pereira de Lima foi condenado a 16 anos de prisão pelos crimes de homicídio e ocultação do cadáver de Márcia Barbosa de Souza.**

O réu morreu em razão de infarto do miocárdio em 12.2.2008, tendo sido extinta sua punibilidade

Cabe destaque inicial que **esse foi o primeiro julgado em que se discutiu a imunidade formal de parlamentar como circunstância que impede um julgamento célere, gerando impunidade ou demora na prestação jurisdicional de forma justa** (*constou expressamente no § 99 que era a primeira vez que o Tribunal analisou “a aplicação da imunidade parlamentar no âmbito do direito de acesso à justiça e da obrigação reforçada de investigar com devida diligência, a Corte considera pertinente tecer algumas considerações gerais sobre o referido instituto, para então examinar sua aplicação no caso concreto”*). Considerou-se que **“a impunidade do então deputado estadual foi um ato de tolerância por parte do Estado** e especificou que *não se refletiu exclusivamente neste caso, mas de forma sistemática”* (§94).

Destaca-se o expresse reconhecimento (uma vez mais) de que a “**ineficácia judicial frente a casos individuais de violência contra mulheres propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição de fatos de violência** em geral e envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança das mulheres, bem como sua persistente desconfiança no sistema de administração de justiça” (§ 125). (Observamos que essa ineficácia também decorre da impunidade em todos os demais delitos violadores de direitos humanos das vítimas).

Sobre as obrigações de investigar e sancionar os eventuais responsáveis (como meio e não resultado - § 128), acentuou-se novamente que a **devida diligência depende de o Estado demonstrar que empreendeu “todos os esforços, em um tempo razoável, para permitir a determinação da verdade**, a identificação e sanção de todos os responsáveis, sejam estes particulares ou funcionários do Estado” (§ 127). Assim, a investigação deve ser séria, objetiva e efetiva, orientada para a **busca da verdade** e à persecução, captura e eventual julgamento e sanção dos autores do crime (§ 128).

De forma expressa ainda a Corte **reconheceu que o Brasil não cumpriu com sua obrigação de atuar com a devida diligência para investigar** “seriamente e de forma completa” a possível participação de todos os autores do crime que foi vitimada Márcia Barbosa. É que, vez mais, foi assentado que o “*direito de acesso à justiça em casos de violações aos direitos humanos **deve assegurar, em tempo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares** a que se faça todo o necessário para conhecer a verdade sobre o ocorrido e investigar, julgar e, se for o caso, sancionar os eventuais responsáveis” (§ 134).*

Assim, pelo fato de terem transcorrido quase 10 anos dos fatos até a sentença criminal (em primeiro grau, do júri), concluiu-se que o Brasil **violou o prazo razoável na tramitação processual em tela** (§ 137).

Tratando do princípio fundamental de **igualdade e não discriminação – que integra o jus cogens (normas que impõem aos Estados obrigações objetivas)** -, reafirmou que a “*obrigação geral do artigo 1.1 da CADH se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir “sem discriminação” os direitos contidos neste tratado, enquanto o artigo 24 protege o direito à “igual proteção da lei”.*”

Muito importante ter constado de forma bem hialina que **garantir os direitos previstos na Convenção Americana acarreta obrigações ao Estado de respeitar e garantir o princípio de igualdade e não discriminação** na proteção de outros direitos e em toda a legislação interna que venha a adotar.

E A ÚLTIMA CONDENAÇÃO DO BRASIL NA CORTE IDH

Caso Sales Pimenta

Sobre “prazo razoável” DO PROCESSO ... Em favor de quem ?

“§ 106. La Corte ha señalado que el derecho de acceso a la justicia en casos de violaciones a LOS DERECHOS HUMANOS debe asegurar, en tiempo RAZONABLE, el derecho de las presuntas VÍCTIMAS o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables”. Asimismo, una demora prolongada en el proceso puede llegar a constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales.”

107. Asimismo, el Tribunal ha establecido que la evaluación del plazo razonable se debe analizar en cada caso concreto, en relación con la duración total del proceso, lo cual podría también incluir la ejecución de la sentencia definitiva. De esta manera, ha considerado cuatro elementos para analizar si se cumplió con la garantía del plazo razonable, a saber: (i) la complejidad del asunto, (ii) **la actividad procesal del interesado**, (iii) la conducta de las autoridades judiciales, y (iv) **la afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima.**

Recentemente publiquei um texto em meu site:

Cuidado: DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, PARA QUEM E QUAIS
CRITÉRIOS ?

(<https://temasjuridicospdf.com/cuidado-duracao-razoavel-do-processo-para-quem-e-quais-criterios/>)

Ali fizemos várias advertências, mas uma delas entendemos relevante reiterar
aqui:

“Uma informação essencial: esse quarto critério refere-se à afetação do interessado/vítima, que, dependendo do caso posto a julgamento, pode ser violação do direito da vítima do crime, violação do direito do processado ou mesmo do preso. Vai depender do caso concreto !

Noutras palavras, são os quatro quesitos concomitantemente que devem ser analisados concomitantemente, revelando-se assim que a proteção, a depender do caso de quem está demandando, não é apenas ao investigado/processado, mas também da própria vítima do crime não punido, na mesma dimensão da garantia convencional e constitucional”.

E prosseguimos:

“Mas é importante igualmente não esquecer que, conforme destacamos em nossa obra mencionada, todas as 11 condenações do Brasil na Corte IDH foram por violação dos direitos das VÍTIMAS DOS CRIMES COMETIDOS a um processo num prazo razoável e eficiente (como obrigação de meio).”

Outro CASO CONCRETO relevante:

Myrna Mack Chang c. Guatemala – CIDH

Sentença de 25.11.2003, série C, nº 101, especialmente parágrafos 204-211

Según la Comisión, Guatemala es responsable de la privación arbitraria del derecho a la vida de Myrna Mack Chang, toda vez que el asesinato de la víctima, perpetrado el día 11 de septiembre de 1990, fue consecuencia de una [...]

La Comisión agregó que **el Estado no ha utilizado todos los medios a su disposición para realizar una investigación seria y** efectiva que sirva de base para el **esclarecimiento completo de los hechos, el procesamiento, juzgamiento y sanción de todos los responsables, tanto autores materiales como intelectuales, dentro de un plazo razonable.**

204. En el presente caso los procesados han interpuesto **al menos doce recursos de amparo**, tal como se estableció en el capítulo de hechos probados, **todos los cuales fueron declarados improcedentes** por las autoridades judiciales respectivas.

Asimismo, la Corte observa, tal como lo señalaron la Comisión y los representantes de los familiares de la víctima, que **éstas acciones de amparo paralizaron el proceso por más de tres años.** [...]

207. Sin embargo, la Corte llama la atención a que en el proceso penal referido, la interposición frecuente de ese recurso, aunque permisible por la ley, ha sido tolerada por las autoridades judiciales.

Este Tribunal considera que el juez interno, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo, de modo a que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que pueden tener efectos dilatorios.

209. Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que **su función NO se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio**, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.

210. El derecho a la *tutela judicial efectiva* exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo a *evitar* que dilaciones y entorpecimientos indebidos, *conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida *protección judicial de los derechos humanos*.*

(Como diz o Professor Valério Mazzuoli, “punir é um standard de direitos humanos”)

Isso é “garantismo” ou abuso dos usos dos mecanismos colocados ?

O Caso Myrna Mack Chang é VINCULATIVO ao Brasil !

[...]

Esto conduce a **la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la VÍCTIMA** y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones.

Nesse ponto quero trabalhar algo que, com todas as vênias, considero relevante HÁ MUITO TEMPO, até quando não “se falava” muito incisivamente em “controle de convencionalidade” pelo MP, obrigando-o a ATUAR

(indistintamente, em prol do investigado/réu ou das vítimas do processo).

Então: qual é a função do Ministério Público ?

*“Como instituição de garantia essencial à construção da democracia, o Ministério Público tem como incumbência tutelar coletivamente os direitos fundamentais de todos os cidadãos . [...] **Como instituição de garantia**, deve o Ministério Público ser **capaz de tutelar TODOS os direitos fundamentais** (direitos civis, de liberdade, políticos e sociais) em consonância com a sua missão de defesa dos interesses sociais”.*

(Alexander Araújo de Souza, o Ministério Público como uma instituição de garantia)



O que precisamos ter é uma ATUAÇÃO CONVENCIONAL em observância
(conforme a **CIDH**)

das

obrigações processuais penais positivas: garantias individuais devidamente
sopesadas com os demais direitos e deveres no *processo*.

DIREITOS DE TODOS !

Por fim, ressalto duas decisões importantes
(mas existem inúmeras outras, especialmente do STF).

Uma do STF (2020);

outra do STJ (publicada dia 28.11.2023)

RE nº 971.959/RS, STF, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 29.7.2020, publicado no DJ em 31.7.2020.

De qualquer modo, trata-se de um exercício, que não apresenta uma “única resposta correta”

CRIME DE FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE. ARTIGO 305 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL À LUZ DO ART. 5º, LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA Nº 907. NATUREZA PRINCÍPIOLÓGICA DA GARANTIA DO NEMO TENETUR SE DETEGERE. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DA GARANTIA. HARMONIZAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS CONSTITUCIONALMENTE. POSSIBILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO PARA AFASTAR A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL ANALISADO.

1. O princípio da vedação à autoincriminação, conquanto direito fundamental assegurado na Constituição Federal, pode ser restringido, desde que (a) não seja afetado o núcleo essencial da garantia por meio da exigência de uma postura ativa do agente na assunção da responsabilidade que lhe é imputada; e que (b) a restrição decorra de um exercício de ponderação que viabilize a efetivação de outros direitos também assegurados constitucionalmente, respeitado o cânone da dignidade humana do agente.
2. O direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere* – nada a temer por se deter), do qual se desdobram as variações do direito ao silêncio e da autodefesa negativa, consiste em um dos marcos históricos de superação da tradição inquisitorial de valorar o investigado e/ou o réu como um objeto de provas, do qual deveria ser extraída a “verdade real”.

3. O direito de não produzir prova contra si mesmo, ao relativizar o dogma da verdade real, garante ao investigado os direitos de nada aduzir quanto ao mérito da pretensão acusatória e de não ser compelido a produzir ou contribuir com a formação de prova contrária ao seu interesse, ambos pilares das garantias fundamentais do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação .

A vedação à autoincriminação só encontrou ressonância no Brasil em sua devida plenitude com a Constituição Federal de 1988, cujo art. 5º, LXIII, é inspirado pela 5ª Emenda da Constituição Norte-Americana, que assim dispões: “o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

8. O Supremo Tribunal Federal, a) no HC 68.929, de relatoria do Min. CELSO DE MELLO, julgado em 22.10.1991, decidiu pelo seu Plenário que, do direito ao silêncio, uma das formas de manifestação do princípio da não autoincriminação, decorre, igualmente, o direito do acusado de negar a prática da infração; [...] d) o paradigmático julgamento do RE 640139 adotou a premissa de que a garantia contra a autoincriminação não pode ser interpretada de forma absoluta, admitindo, em consideração a sua natureza principlológica de direito fundamental, a possibilidade de relativização justamente para viabilizar um juízo de harmonização que permita a efetivação, em alguma medida, de outros direitos fundamentais que em face daquela eventualmente colidam.

10. A garantia do *nemo tenetur se detegere* no contexto da teoria geral dos direitos fundamentais implica a valoração do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos como critério balizador do juízo de ponderação, inclusive no que condiz aos postulados da proibição de excesso e de vedação à proteção insuficiente.

18. A fuga do local do acidente é tipificada como crime porque é do interesse da Administração da Justiça que, conforme o caso, ou o particular ou o Ministério Público disponham dos instrumentos necessários para promover a responsabilização cível e/ou penal de quem, eventualmente, provoca dolosa ou culposamente um acidente de trânsito. **19. A relativização da máxima *nemo tenetur se detegere* verificada *in casu* é admissível, uma vez que atende às duas premissas fundamentais acima estabelecidas. (a) A uma porque não afeta o núcleo irreduzível da garantia enquanto direito fundamental, qual seja, jamais obrigar o investigado ou réu a agir ativamente na produção de prova contra si próprio.** É que o tipo penal do art. 305 do CTB visa a obrigar que o agente permaneça no local do acidente de trânsito até a chegada da autoridade competente que, depois de identificar os envolvidos no sinistro, irá proceder ao devido registro da ocorrência. Ocorre que a **exigência de permanência no local do acidente e de identificação perante a autoridade de trânsito não obriga o condutor a assumir expressamente eventual responsabilidade cível ou penal pelo sinistro e nem, tampouco, ensejará que contra ele seja aplicada qualquer penalidade caso não o faça;**

24. O princípio da proporcionalidade, implicitamente consagrado pelo texto constitucional, propugna pela **proteção dos direitos fundamentais não apenas contra os excessos estatais, mas igualmente contra a proteção jurídica insuficiente, conforme a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.**

OBS. 1: *FERRAJOLI NÃO USA A PROPORCIONALIDADE.*

OBS. 2: *MAS TENHO UM TEXTO EM QUE DEFENDO QUE POSSUEM IDEAIS PRÓXIMOS, POR CONSTRUÇÕES DIFERENTES.*

Propõe-se a fixação da seguinte tese:

“A regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade.”

(Recurso Extraordinário nº 971.959/RS, STF, Plenário, Por Maioria, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 29.7.2020, publicado no DJ em 31.7.2020).

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CAPTAÇÃO AMBIENTAL. REALIZAÇÃO POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. PACOTE ANTICRIME. REGULAMENTAÇÃO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DISPENSA. RESTRIÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL DO

ACUSADO. POSSIBILIDADE. CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE. NECESSIDADE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL PARA PROVA DA CONDUTA CRIMINOSA. ADEQUAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MEIO MENOS GRAVOSO. PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. COLISÃO DE INTERESSES. BENS JURÍDICOS DE MAIOR RELEVÂNCIA. LEGÍTIMA DEFESA PROBATÓRIA. LICITUDE DA PROVA. *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

- 1. A inserção do art. 8º-A à Lei n. 9.296/1996 pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) se deu com o fim de regulamentar a "captação de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos", para fins de investigação ou instrução criminal.** Para tanto, geralmente, exige-se prévia autorização judicial e outros requisitos na concretização da proporcionalidade em suas três dimensões: idoneidade para produzir prova da prática do crime (adequação), inexistência de outro meio menos gravoso de obtenção da prova (necessidade) com pena superior a 4 anos (proporcionalidade em sentido estrito).
- 2. O art. 8-A, da Lei n. 9.296/1996 garante, em seu § 4º, a utilização, em matéria de defesa, da prova obtida por meio da captação ambiental realizada por um dos interlocutores, quando demonstrada a integridade da gravação. O art. 10-A, da Lei n. 9.296/1996, por sua vez, também incluído pela Lei n. 13.964/2019, previu a figura típica da captação ambiental sem autorização judicial, mas ressalvou, em seu § 1º, os casos em que esta é realizada por um dos interlocutores, situação que pode ser equiparada atuação de terceiro quando o agente reduzir totalmente a possibilidade de agir da vítima.**

3. Os precedentes mais recentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal têm validado o uso das gravações clandestinas como meio de prova, excluindo da incidência típica as captações feitas por um dos interlocutores. A questão não é nova, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 583.937, em 19 de novembro de 2009, em rito de repercussão geral, já havia decidido pela validade probatória da gravação de áudio ou vídeo realizada de forma oculta, por particular, sem conhecimento do outro interlocutor.
4. **Não obstante alguns posicionamentos contrários à utilização da gravação clandestina produzida pelas vítimas de crime como meio de prova, há situações em que é forçoso se concluir pela sua licitude, considerando justamente a necessidade de DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA VÍTIMA.**
5. **Especificamente com relação à sua utilização como forma de proteção aos direitos fundamentais da vítima de ações criminosas, a proporcionalidade em sentido estrito se aplica como verdadeira causa excludente de ilicitude da prova toda vez que o direito à integridade e à dignidade da vítima prevalece sobre o direito de imagem e privacidade do ofensor.** Em outras palavras, é imprescindível que os bens jurídicos em confronto sejam sopesados, dando-se preferência àqueles de maior relevância.

7. Na colisão de interesses, o uso de captações clandestinas se justifica sempre que o direito a ser protegido tiver valor superior à privacidade e à imagem do autor de crime, utilizando-se da legítima defesa probatória, a fim de se garantir a licitude da prova. É exatamente nesse contexto que se insere a conduta daquele que realiza uma gravação ambiental clandestina, inicialmente praticando a conduta típica descrita no art. 10-A da Lei n. 9.296/1996, amparado, no entanto, pela excludente de antijuridicidade, pois sua conduta, embora cause lesão a um bem jurídico protegido, no caso a privacidade ou a intimidade da pessoa alvo da gravação, é utilizada para a defesa de direito próprio ou de terceiro contra agressão injusta, atual e iminente.
8. **No presente caso, os funcionários da equipe de enfermagem de um hospital suspeitaram do comportamento incomum apresentado pelo denunciado no centro cirúrgico e registraram em vídeo a ação criminosa, considerando a vulnerabilidade da vítima que estava sedada sem qualquer possibilidade de reação ou mesmo de prestar depoimento sobre os fatos.**
9. **Ao sopesar os interesses das partes envolvidas na captação ambiental, obviamente que os direitos fundamentais da parturiente se sobrepõem às eventuais garantias fundamentais do ofensor que agora tenta delas se valer para buscar impedir a utilização do único meio de prova possível para a elucidação do crime por ele perpetrado, praticado às escondidas em ambiente hospitalar e em proveito à situação de extrema vulnerabilidade que ele mesmo impôs à parturiente com a utilização excessiva de sedação e de anestésicos, impedindo qualquer tipo de reação.**
10. Não há ilicitude a ser reconhecida, devendo a ação penal ter o seu normal prosseguimento, a fim de elucidar os fatos adequadamente narrados pela acusação. *Habeas corpus* não conhecido. (*Habeas Corpus n. 812.310-RJ, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 21.11.2023, publicado no DJ*

em 28.11.2023)



Eram essas as considerações que eu considerei como relevantes a apresentar a todos para os estudos do presente evento.

Estou sempre à disposição

@professordouglasfischer

www.temasjuridicospdf.com

MUITO OBRIGADO