



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

ANTÔNIO IGOR FÉLIX GOMES

**O GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI E SUAS
CONSEQUÊNCIAS PARA OS ÍNDICES DELITIVOS DO
ESTADO BRASILEIRO**

MOSSORÓ/RN

2019

ANTÔNIO IGOR FÉLIX GOMES

**O GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLLI E SUAS
CONSEQUÊNCIAS PARA OS ÍNDICES DELITIVOS DO
ESTADO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA.

Orientador: Prof. Ms. Hudson Palhano Galvão

MOSSORÓ/RN

2019

ANTÔNIO IGOR FÉLIX GOMES

**O GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLLI E SUAS
CONSEQUÊNCIAS PARA OS ÍNDICES DELITIVOS DO
ESTADO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal Rural do Semiárido, no Curso de Direito.

APROVADA EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Profº. Ms. Hudson Palhano Galvão (UFERSA)
Presidente

Profº. Dr. José Albenes Bezerra Júnior (UFERSA)
Primeiro Membro

Profº. Dr. Rodrigo De Almeida Leite (UFERSA)
Segundo Membro

MOSSORÓ/RN

2019

AGRADECIMENTOS

Primeiramente ao *Senhor Deus*, que é justo e bondoso, permitindo que pudesse cumprir esta etapa final da minha graduação.

A minha mãe *Miriam Félix da Silva Cabral* e ao meu pai *Wilson Cabral Gomes*, pois certamente foram muitos os momentos de adversidades nesse período acadêmico e sem o apoio irrestrito dos meus pais tudo seria bem mais difícil.

Aos meus irmãos *Fábio Félix Gomes* e *Maria Susana Félix Gomes*, aquele por ter me influenciado a obter uma certa visão crítica sobre fatos político-sociais, esta, como excelente advogada, por ter me influenciado a ingressar na área jurídica.

A *Linária De Melo Oliveira*, meu grande amor, por estar ao meu lado todos esses anos da minha caminhada como bacharelando me incentivando.

Ao *Professor Ms. Hudson Palhano Galvão* por ter de pronto aceitado a missão de ser o meu orientador e ter me prestado um ótimo auxílio técnico-jurídico.

DEDICATÓRIA

Ao meu sobrinho *Pedro Thiago Gomes Saraiva*, carinhosamente chamado pela família de "fofinho", filho da minha irmã e verdadeiro xodó da família. A ele em especial, mas também a todas as crianças do país, no intuito de estar contribuindo para a construção de um futuro melhor e mais seguro a todas elas, dedico esta obra.

“Libertar o pensamento jurídico brasileiro dos grilhões da cultura ideológica do garantismo penal talvez não seja uma solução definitiva para o problema da criminalidade em nosso país, mas, com toda a evidência, é o primeiro e indispensável passo para a restauração da sanidade do nosso sistema de repressão penal e das mentes mesmas de seus operadores”.

(PESSI e GIARDIN; **BANDIDOLATRIA E DEMOCÍDIO**, 2018.)

**O GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI E SUAS CONSEQUÊNCIAS
PARA OS ÍNDICES DELITIVOS DO ESTADO BRASILEIRO**

ANTÔNIO IGOR FÉLIX GOMES

RESUMO

Ante a situação de violência epidêmica que se observa atualmente na sociedade brasileira, este trabalho tem por objetivo apontar evidências segundo as quais o Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli, têm contribuído negativamente para o aumento dos índices violentos do país, conforme fatos que apontem condições adversas ao *jus puniendi* estatal, para, então, ser possível verificar se sua restrição na cultura criminalista pátria teria o potencial de trazer consequências positivas em tais índices. Para isso, foi utilizado o método de investigações exploratórias através de pesquisas bibliográficas de obras literárias voltadas para a Filosofia, História, Ciência Política, bem como Ciências Jurídicas que tratam diretamente dos assuntos abordados neste trabalho. Também foram abordados artigos e estudos científicos realizados sobre a questão, publicados em revistas periódicas ou em veículos de mídia, e, por fim, foram utilizados índices oficiais sobre o histórico de violência no Brasil com a finalidade de contextualização e de correlação. Como resultado, constatou-se que a forte evolução dos índices delitivos violentos no Brasil se inicia a partir do advento da CF/1988, permanecendo sustentavelmente elevados até os tempos hodiernos sendo que, neste período, disseminou-se a cultura garantista no meio criminalista brasileiro, sugerindo relação de concausa. Foi constatado evidências de que, nesse ínterim, novas evoluções e picos de elevações no histórico, de tais índices, sempre são observáveis nos anos imediatamente seguintes a todas as vezes que os institutos jurídicos aqui abordados, de forte repercussão nacional e de cunho demasiadamente garantista, foram aplicados no ordenamento penal. Ao examinar-se o pensamento e a ideologia que moldam a visão de mundo de Luigi Ferrajoli, bem como sua proposta de Direito Penal Mínimo, verificam-se alguns de seus objetivos programáticos radicais de curto, médio e longo prazo e finalidades revolucionárias tendentes a construção de uma “sociedade evoluída”, tendo no Direito Penal Mínimo uma ferramenta para tal, sugerindo o potencial de se trazer consequências imprevisíveis e danosas a segurança da sociedade, prejudicando sua efetividade como um direito da população e dever do Estado. Além disso, conforme indicações mostradas, é apontado que o Garantismo Penal está prejudicando a segurança pública do país a partir do momento que torna a justiça penal brasileira condescendente e leniente com a criminalidade. Conclusivamente, este estudo, com as fortes indicativos trazidos, contribui para o prelúdio de uma crescente discussão e forte reflexão sobre a necessidade de se repensar e limitar, com urgência, a predominância da cultura ideológica do Garantismo Penal, conforme proposta por Luigi Ferrajoli, nas atividades jurídicas dos operadores do sistema repressivo brasileiro como um primeiro ato para se possibilitar condições que permitam os índices de violência pública nacional regredirem a patamares ao menos razoáveis.

Palavras-chave: *Evidências; Garantismo Penal; Ferrajoli; Índices de Criminalidade;*

ABSTRACT

Given the current epidemic violence in Brazilian society, this article aims to point out evidence that Luigi Ferrajoli's Criminal Guarantee has contributed negatively to the increase in the country's violent rates, according to facts that point to adverse conditions, the state *jus puniendi*, so that it would be possible to ascertain whether its restriction on the homeland criminalist culture would have the potential to have positive consequences on such indices. For this, we used the method of exploratory investigations through bibliographical research of literary works focused on philosophy, history, political science, as well as legal sciences that deal directly with the subjects covered in this work. Articles and scientific studies on the issue, published in periodical magazines or in media outlets, and finally, official indexes on the history of violence in Brazil were used for contextualization and correlation. As a result, it was found that the strong evolution of violent crime rates in Brazil begins from the advent of CF / 1988, remaining sustainably high until today and during this period, the culture of guarantee in the Brazilian criminal milieu spread. Suggesting concause relationship. Evidence has been found that, in the meantime, new developments and peaks in the history of such indices are always observable in the years immediately following each time the legal institutes approached here, of strong national repercussion and overly guaranteeing in nature, were applied in the penal order. By examining the thought and ideology that shapes Luigi Ferrajoli's worldview, as well as his proposed Minimum Criminal Law, some of his, radical short-, medium- and long-term programmatic objectives and revolutionary aims towards construction are verified of an "evolved society", having in Minimum Criminal Law a tool for this, suggesting the potential to bring unpredictable and harmful consequences to the security of society, undermining its effectiveness as a right of the population and duty of the state. Moreover, according to indications shown, it is pointed out that Criminal Guarantee is undermining the public security of the country from the moment that makes the Brazilian criminal justice condescending and lenient with crime. Conclusively, this study, with the strong indications brought, contributes to the prelude to a growing discussion and strong reflection on the need to rethink and urgently limit the predominance of the ideological culture of Criminal Guarantee, as proposed by Luigi Ferrajoli in the legal activities of the operators of the Brazilian repressive system as a first act to enable conditions that allow the rates of national public violence to regress to the least reasonable levels.

Keywords: *Evidence; Criminal Guarantee; Ferrajoli; Crime Indexes;*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 HÁ INDÍCIOS DE CORRELAÇÃO ENTRE A DISSEMINAÇÃO DO GARANTISMO PENAL NA CULTURA JURÍDICA PENALISTA BRASILEIRA E O AUMENTO DOS ÍNDICES DELITIVOS?	13
2.1 BREVE ANÁLISE SOBRE O HISTÓRICO DOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA NO BRASIL .	13
3 HÁ EVIDÊNCIAS NA RAIZ IDEOLÓGICA DO GARANTISMO PENAL QUE INDIQUEM O FAVORECIMENTO DA CRIAÇÃO DE CONDIÇÕES ADVERSAS PARA O EXERCÍCIO DO JUS PUNIENDI ESTATAL, PODENDO IRRIGAR TAIS ÍNDICES NEGATIVOS?	24
3.1 O QUE É O GARANTISMO?	24
3.2 O GARANTISMO COMO INSTRUMENTO NO DIREITO PENAL	28
3.3 COMO PENSA LUIGI FERRAJOLI? ALGUNS OBJETIVOS E FINALIDADES RADICAIS DO PAI DO GARANTISMO	30
3.4 O QUE É O DIREITO PENAL MÍNIMO E O RACIONALISMO JURÍDICO? COMO CHEGOU NO BRASIL?	35
3.4.1 Breve análise sobre o princípio do Favor Rei.....	39
4 HÁ EXEMPLOS CONCRETOS, NO ORDENAMENTO PENAL, DE INSTITUTOS INFLUENCIADOS PELA CULTURA GARANTISTA QUE CORROBOREM COM A TESE DE QUE ELA IMPACTA NEGATIVAMENTE A PRESTAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL E IMPULSIONA OS ÍNDICES DELITIVOS?.....	41
4.1 O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE SOCIAL DO DELITO E O GARANTISMO PENAL	41
4.2 AS JURISPRUDÊNCIAS DO SUPREMO QUE TORNARAM, POR DUAS VEZES, INCONSTITUCIONAL O ART. 1º, §2º, DA LEI 9.072/1990 E O GARANTISMO.....	44
4.3 O GARANTISMO E A COMPLEXA QUESTÃO ENVOLVENDO A IMPLANTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA, A SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES E O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL	50
4.3.1 A imperiosa e consagrada separação funcional dos poderes e a forma de implantação das audiências de custódia no Brasil: Houve sobreposição?	50
4.3.2 A Audiência de Custódia como instrumento garantista e a obtenção do direito fundamental à segurança pública eficiente: Há potencial de prejuízo?.....	56
4.3.2.1 A segurança pública como direito fundamental previsto na CF/88	57
4.3.2.2 A disseminação nacional das audiências de custódia e o potencial de dano ao direito fundamental à segurança pública	58
4.3.2.3 Resposta da questão levantada no início deste tópico	69
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado neste trabalho visa apresentar uma análise conclusiva sobre os impactos práticos nos índices delitivos sobre os quais possa contribuir o Garantismo Penal na sociedade brasileira.

É certo que o Brasil tem experimentado nas últimas décadas um aumento gradativo nos índices de criminalidade, sobretudo os violentos, a partir da segunda metade da década de 1980 até os tempos hodiernos. Neste ínterim, em paralelo a evolução da criminalidade, disseminou-se a cultura *garantista* no meio jurídico-criminal brasileiro que não tem efetivado contribuições empíricas para a solução do problema retrocitado pelo qual passa o país, sugerindo conexões de correlação entre esta cultura e o crescimento da violência no Estado brasileiro.

O *garantismo*, ao que tudo indica, pode ser um dos fatores que alimentam tais índices, na medida que possa estar sendo usado, em muitos casos, como instrumento jurídico de salvaguarda que impede a devida punição dos delinquentes por bancas e escritórios de advocacia e por órgãos públicos essenciais à justiça, seja voluntariamente ou inconscientemente.

Daí decorre a sensação de impunidade, de que o estado brasileiro “não faz justiça” para os indivíduos transgressores da lei, de que “o crime compensa”, que inegavelmente toma a percepção popular quando o assunto é violência pública.

Afinal, ao propor a Escola de Ferrajoli que o objetivo do direito punitivo moderno é garantir a proteção das liberdades fundamentais dos indivíduos transgressores em primazia, através de teses que partem da premissa que o sujeito passivo da punição criminal, numa demanda penal, são os potenciais oprimidos numa relação jurídica que tende ao autoritarismo, estar-se, conseqüentemente, quedando-se quanto aos direitos violados dos ofendidos, esses sim verdadeiros objetos de salvaguarda de um Direito Penal eficiente.

De modo que, ao *delimitar-se* a temática, visa-se neste trabalho responder problemas como: Há indícios de correlação entre a disseminação do Garantismo Penal na cultura jurídica penalista brasileira e o aumento dos índices delitivos? Há evidências na raiz ideológica do Garantismo Penal que indiquem o favorecimento da criação de condições adversas para o exercício do *jus puniendi* estatal, podendo irrigar tais índices negativos? Há exemplos concretos, no ordenamento penal, de institutos influenciados pela cultura garantista que corroborem com a tese de que ela impacta negativamente a prestação da justiça penal e impulsiona os índices delitivos?

Como *objetivo geral*, este trabalho visa *analisar* quais as evidências de que a Escola de Ferrojoli, o Garantismo Penal, tem impactado no crescimento dos índices delitivos do Brasil, *identificar* indícios de que a corrente garantista tem de potencial para gerar condições adversas a efetividade do “*jus puniendi*”, *avaliar* se a restrição da cultura garantista seria uma das possíveis soluções para a redução dos índices de criminalidade.

Para tanto, será necessário, especificamente, *investigar* o histórico dos índices de crimes no país dentro da atual ordem jurídica, com ênfase nos violentos e correlaciona-los com a disseminação da cultura garantista; *definir* o que é o Garantismo penal; *traçar* o perfil ideológico de Luigi Ferrajoli e alguns objetivos e finalidades potencialmente radicais e corrosivas de suas propostas; *descrever* o que é o Direito Penal Mínimo e seu Racionalismo no campo penal; evidenciando parcela de responsabilidade ao Garantismo Penal pelos índices atuais de violência pública.

Além disso, será importante *exemplificar* institutos jurídicos introduzidos ao ordenamento influenciados pelo pensamento garantista e, com base neles, *dimensionar* em que medida pode ter o Garantismo Penal se tornado um fator obstrutivo para a justiça penal, gerando o contexto perfeito para a proliferação de infrações penais e, prejudicando o direito fundamental da sociedade a segurança pública eficiente e, assim, gerando consequências negativas para o aumento sensível dos índices de violência.

Tais institutos são: a formulação de princípios jurídicos como o da “*Co-culpabilidade Social do Delito*” capaz de inverter a responsabilização pelo cometimento do crimes, passando o delinquente a ser visto como vítima e a sociedade corresponsável por seus atos criminosos, indicando uma “cultura bandidólatra”; as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que tornaram possíveis a *progressão da pena privativa de liberdade e vedou a obrigatoriedade do seu cumprimento inicial em regime fechado* para os presos condenados por crimes definidos como Hediondos e Equiparados; a *Audiência de Custódia* que, além de inconstitucional, tem viabilizado a liberação sumária de criminosos perigosos autuados em flagrantes de delito, intimidando a atividade policial, pois, muitas vezes, temem-se falsas acusações de maus tratos ou de torturas quando se efetua prisões em flagrantes de tais elementos, gerando-se prejuízos à segurança pública do Estado.

Ultrapassadas todas as etapas anteriores, será possível *concluir*, enfim, se ao limitar a atuação da corrente garantista no país pode-se favorecer a redução dos índices de crimes, bem como proporcionar uma justiça penal mais efetiva.

2 HÁ INDÍCIOS DE CORRELAÇÃO ENTRE A DISSEMINAÇÃO DO GARANTISMO PENAL NA CULTURA JURÍDICA PENALISTA BRASILEIRA E O AUMENTO DOS ÍNDICES DELITIVOS?

Este tópico, será direcionado a investigar qual os possíveis impactos das propostas do garantismo penal sobre os números gerados pelos crimes violentos no país. A tarefa não é fácil, pois é claro que os números que a *violência epidêmica*¹ do país gera hodiernamente também depende de basicamente 03 fatores (fatores que transcendem a uma cultura predominante da academia penalista), *são eles*²: a) *corrupção de agentes públicos*; b) o *narcotráfico* e as guerras entre facções pela conquista de territórios e pelo controle do tráfico de drogas; c) *delitos difusos*, tais como o roubo, o latrocínio, a extorsão, etc., que decorrem e são alimentados pelos dois primeiros.

Porém, a impunidade ou a mal aplicação da sanção penal também é um fator capaz de gerar, sem dúvidas, um ambiente propício a evolução dos índices delitivos no meio da população, seja porque os operadores não enxergam como deveria o dever de punir do estado nos casos concretos, imbuídos de uma ideologia que redefinem o direito punitivo e aplicam a lei aquém da rigidez necessária; seja porque a mesmo as leis criminais muitas vezes não estão à altura da categoria de crimes que ela foi elaborada para tratar e, sendo branda, permite que os indivíduos quando condenados por delitos gravíssimos, de perfil criminológico de difícil recuperação, estejam soltos às ruas muito antes do tempo que seria necessário, leis e jurisprudências que são fortemente influenciadas pelo Garantismo Penal.

2.1 BREVE ANÁLISE SOBRE O HISTÓRICO DOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA NO BRASIL

Este tópico serve para ilustrar qual foi o contexto de violência social que floresceu a *cultura garantista* no pensamento dos operadores do direito penal brasileiro e daí ser capaz de investigar se o garantismo tem influência direta ou indireta sobre tais dados

¹ A OMS (Organização Mundial da Saúde) considera que taxas acima de 10 homicídios por 100 mil habitantes caracteriza violência epidêmica, virando problema de Saúde Pública.

² É como esclarece o ex-juiz responsável em 1ª instância pela mais bem sucedida força tarefa anticorrupção da História, a Operação Lava Jato, Dr. Sérgio Moro, que combateu crimes contra o sistema financeiro perpetrados por organizações criminosas, em discurso solene pela ocasião da entrega do “pacote de lei anticrime”: “*O crime organizado alimenta a corrupção, alimenta o crime violento, boa parte dos homicídios são relacionados, por exemplo, à disputa do tráfico de drogas, ou dívidas de drogas (...). Pelo lado da corrupção, esvazia os recursos públicos que são necessários para implementar essas políticas de segurança pública efetivas*” (iG, 2019). Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2019-02-03/sergio-moro-lei-anticrime.html>> acesso em: 27 Fev, 2019.

estatísticos. A série histórica da violência no Brasil, de crimes contra a pessoa e contra o patrimônio, sobretudo os que envolvem violência, deu saltos enormes do final da década de 1980 até os tempos atuais conforme serão vistos adiante nas figuras 1 e 2.

Tudo começa com o advento da nova Constituição Federal da República de 1988 que inovou no ordenamento jurídico-penal brasileiro trazendo em seu texto uma série de direitos e garantias relativas às pessoas presas, alguns não previstos nas constituições anteriores, dando tratamento às matérias penais segundo a visão firme do Garantismo Penal. *“Um dos pontos altos da Constituição (de 1988) é o artigo 5.º, que “garante” as amplas liberdades, principalmente para um país como o nosso, marcado pelo autoritarismo”* (VILLA, 2011, pág. 83). (Grifei)

A CF/88, é, portanto, considerada uma “Constituição Garantista”, que traz no rol de direitos e garantias fundamentais, dentre outros, um conjunto de direitos materiais e processuais destinados as pessoas presas, como a Presunção de Inocência, além de garantias de medidas que fazem da “prisão uma exceção”, um “ato extremo”, cultivando-se um Direito Penal Mínimo.

A crítica reside no fato de que se burocratiza, excessivamente, a *persecutio criminis* estatal, tornando o processo penal mais rígido, e, conseqüentemente, dando margens as inevitáveis falhas e manobras jurídicas nas tratativas de sua correta aplicação. Sob o valor que ninguém pode ser punido injustamente, qualquer “passo fora das regras” (que são rígidas em demasia) acaba servindo inevitavelmente de proteção para os criminosos, que muitas vezes, a título de não serem punidos injustamente, na prática, acabam não tendo punição alguma.

Desse contexto, nascem os dados que podem ser observados na figura 1.

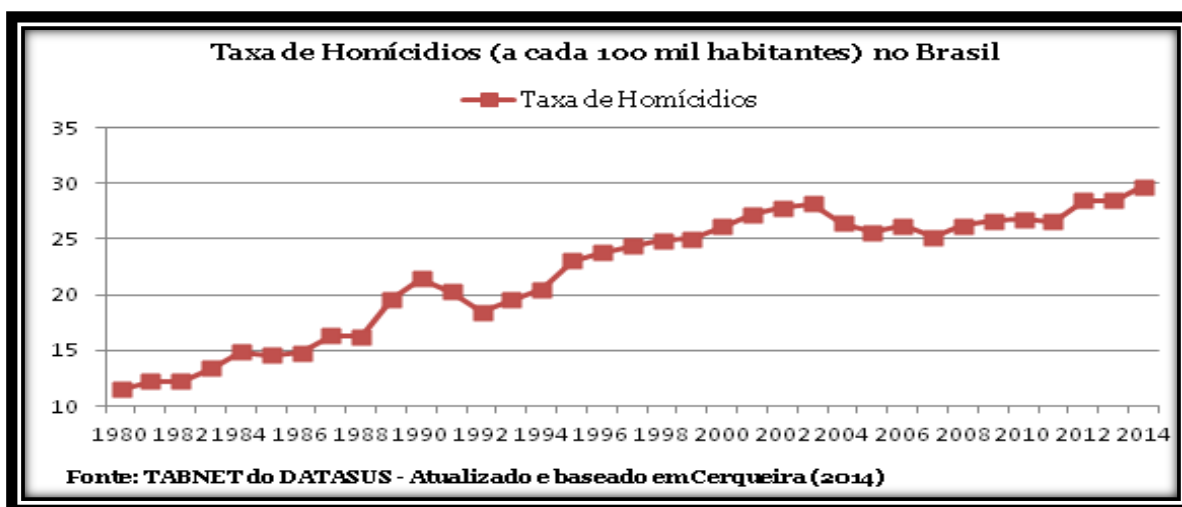


Figura 1:

De sua análise, vemos que foi justamente a partir de 1988, portanto imediatamente após a promulgação da Constituição que as taxas de homicídios começam seu histórico de evolução sensível no Brasil.

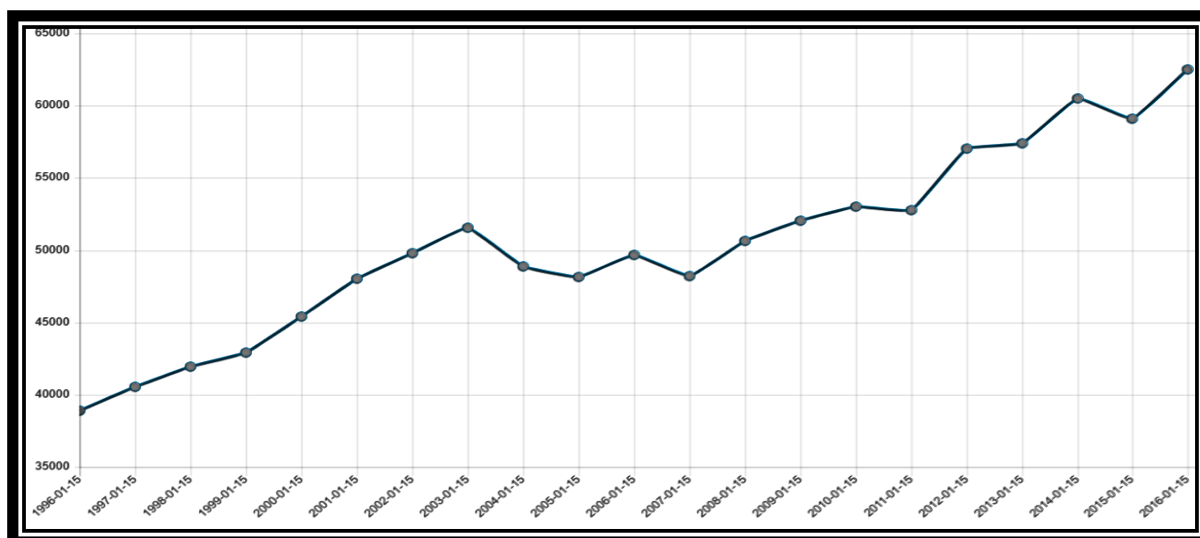
Ver-se que de *16 homicídios por 100 mil habitantes*, em 1988, a taxa salta para *22/100 mil hab. em 1990*, uma projeção de 07 pontos em apenas 02 anos, portanto, houve uma influência considerável, na taxa de homicídio do país, se considerar a CF/1988 como ponto central das análises.

Observa-se também que a taxa nunca mais se estabilizou abaixo de 20 *homicídios por grupo de 100 mil habitantes*, mantendo uma nova tendência de disparada a partir de 1992 de *19/100 mil hab.*, para *28/100 mil habitantes em 2004*, chegando a *30/100 mil hab., em 2014*. Pode-se supor, com alguma segurança, que a CF/1988, e o ordenamento punitivo decorrente dela, potencialmente, influenciou de maneira negativa as taxas de homicídio e de violência no país.

Nesse ano (2004) a população brasileira, de acordo com o IBGE, era de 180 milhões de habitantes, o que nos dá um índice de 26,9 homicídios para cada 100 mil habitantes. Nos dez anos anteriores, de 1994 a 2003, o número de homicídios já havia saltado de 32.603 para 51.043, um aumento acima de 56%, três vezes mais do que o aumento populacional do mesmo período, de 18,4%. Ou seja, a taxa de homicídios em 1994, que já não era baixa (21,4 para cada 100 mil habitantes), evidenciava um problema sério de segurança pública, e que viria a piorar muito até os dias de hoje (QUINTELA, BARBOSA, 2015, pág. 75). (Grifei)

Na figura 2, a seguir, nota-se, em *números absolutos*, o histórico de homicídios no Brasil nas últimas décadas:

Figura 02 – Números absolutos de homicídios no Brasil no período de 20 anos.



Fonte: IPEA (2019)

O Brasil ostenta números de homicídios superiores aos países que se encontram em guerra atualmente, seja civil ou não. Porém, não é o caso brasileiro. O que há é uma tendência de números de mortos equivalentes a nações em conflitos beligerantes por conta, dentre outros fatores, de um sistema punitivo incapaz de frear o aumento gradativo desses números ano após ano.

Com cinquenta mil mortes por ano (*atualmente mais de 60 mil*) decorrentes do crime não combatido, o Brasil é hoje um dos países mais violentos do mundo. Só para efeito de comparação, *o conflito entre Israel e os palestinos ocasionou a morte de menos de dez mil pessoas em quinze anos, e a guerra do Iraque teve um total estimado de cento e dez mil mortos em cinco anos*. É fácil perceber que morrer assassinado no Brasil é muito mais provável do que morrer numa guerra no Oriente Médio (QUINTELA, 2014, pág. 59). (Grifei)

Os números que são projetados na figura 2, segundo o próprio Atlas da Violência (IPEA), envolvem todas as formas possíveis de agressões contra pessoas do CID's 10: X85-Y09³, o que inclui desde homicídios por agressões através de meios não especificados aos ocasionados por todas as categorias de armas, seja branca ou de fogo.

A tabela da figura número 3, também extraído do Atlas da Violência (IPEA, 2019), mostra o comportamento, num breve período de 6 anos, dos crimes Contra o

³ A *International Statistical Classification* – CID, são ferramentas epidemiológicas que servem para auxiliar médicos a classificar estatísticas internacionais de doenças e problemas relacionados com a saúde humana elaboradas pela Organização Mundial da Saúde – OMS. As CID's fornecem códigos relativos à classificação de doenças e de uma grande variedade de sinais, sintomas, queixas e causas externas para ferimentos ou doenças. No caso do código CID 10: X85-Y09, está relacionado com todas as formas de agressões físicas a saúde humana que possa gerar o homicídio.

Patrimônio, com ênfase no roubo por se tratar de espécie de crime violento (os números são os que constam no sítio do IPEA).

Figura 03 – Números Absolutos e Taxa de Roubos no Brasil numa série histórica de 5 anos.

ANO (data))	(Ano	Nomes de medida	Tipo de crime	UF	Valores de medida
2007		<i>Taxa /100 mil habitantes</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>159,90</i>
2007		<i>Números absolutos</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>302.954,00</i>
2008		<i>Taxa /100 mil habitantes</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>204,90</i>
2008		<i>Números absolutos</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>392.442,00</i>
2009		<i>Taxa /100 mil habitantes</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>221,95</i>
2009		<i>Números absolutos</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>429.569,00</i>
2010		<i>Taxa /100 mil habitantes</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>211,81</i>
2010		<i>Números absolutos</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>414.085,00</i>
2011		<i>Taxa /100 mil habitantes</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>235,02</i>
2011		<i>Números absolutos</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>463.921,00</i>
2012		<i>Taxa /100 mil habitantes</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>422,43</i>
2012		<i>Números absolutos</i>	<i>Roubo (outros)</i>	<i>Brasil</i>	<i>841.663,00</i>

Fonte: IPEA (2019)

A série histórica dos índices de Roubos, feita através da coleta de registros feitos pelas delegacias de polícia de todo o país, segundo o IPEA, mostra que no período sondado tanto as *taxas por 100 mil habitantes* quanto os *números absolutos* de roubos mais que duplicaram.

Nesses dados estão inclusos todos os tipos de roubos, como o de veículos, celulares, instituições bancárias, carros-fortes, etc. Quando centralizado na amostragem dos números de roubo de veículos, o IPEA mostra os seguintes números na figura 04.

Figura 04 – Números Absolutos de Roubo de Veículos em 09 anos no Brasil.

ANO (Ano (data))	Nomes de medida	Tipo de crime	UF	Valores de medida
2007	Números absolutos	Roubo de veículo	Brasil	117.696,00
2008	Números absolutos	Roubo de veículo	Brasil	146.113,00
2009	Números absolutos	Roubo de veículo	Brasil	156.566,00
2010	Números absolutos	Roubo de veículo	Brasil	151.682,00
2011	Números absolutos	Roubo de veículo	Brasil	171.670,00
2012	Números absolutos	Roubo de veículo	Brasil	202.498,00
2013	Números absolutos	Roubo de veículo	Brasil	216.627,00
2014	Números absolutos	Roubo de veículo	Brasil	242.726,00
2015	Números absolutos	Roubo de veículo	Brasil	243.560,00
2016	Números absolutos	Roubo de veículo	Brasil	273.232,00

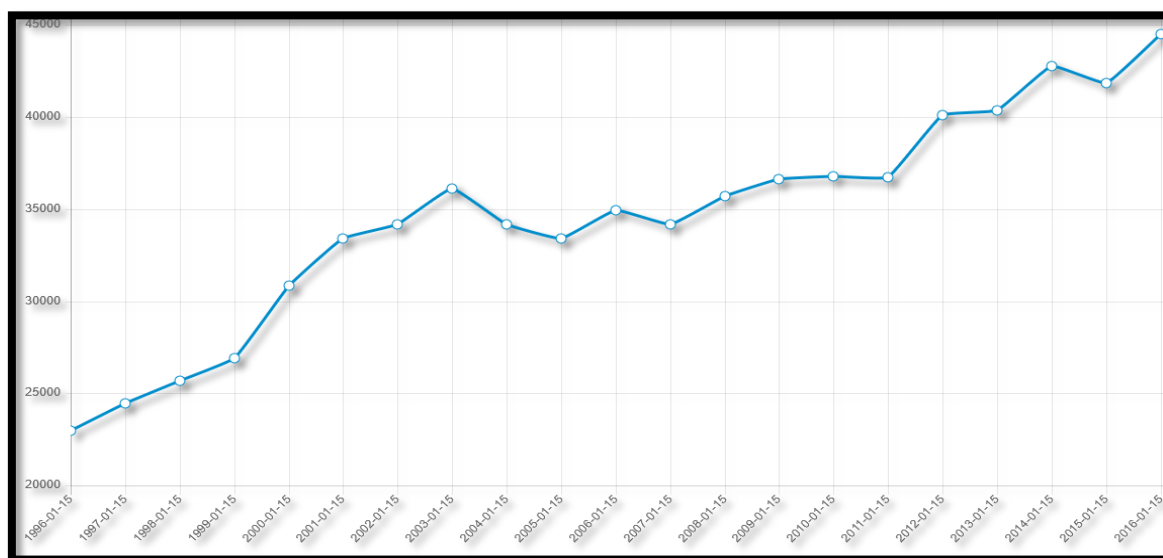
Fonte: IPEA (2019)

Ver-se que apesar da série histórica trazida na figura 04 ser de uma janela de apenas 09 anos, o fato é que o roubo de veículos no país, que no ano de 2007 já apresentava uma quantidade altíssima, mais que dobrou em 2014, em apenas 07 anos, continuando a crescer nos 02 anos seguintes.

Ademais, vejamos em números absolutos a série histórica de homicídios por armas de fogo no Brasil, na figura 05, que mostra que num período de 20 anos a progressão

tem sido altíssima, sempre crescente, apesar de um breve período de aparente estabilidade entre os anos de 2004 a 2008.

Figura 05 – Série Histórica dos Números Absolutos de homicídios por armas de fogo no Brasil.



Fonte: IPEA (2019)

A série histórica mostra que de 23 mil homicídios em 1996, o número saltou para quase 45 mil homicídios por armas de fogo em 2016, praticamente duplicando em 20 anos.

É notável nesse gráfico que mesmo o Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/03, não foi capaz de frear o avanço dos números negativos das figuras 03, 04 e principalmente do número 05, onde vemos que nos anos seguintes a sua vigência os índices de roubos e homicídios por armas de fogo não deixaram de crescer e tão pouco tiveram uma redução significativamente sustentável.

Fica claro pelos números dos anos seguintes que o Estatuto do Desarmamento não reverteu a tendência de alta nos homicídios. (...), as medidas de desarmamento da população não foram acompanhadas por reformas essenciais nos aparatos judiciários, penitenciário e policial, e as quedas no número de homicídios em 2004 e 2005 não possuem correlação estatística com as entregas voluntárias de armas que foram feitas no período, mesmo quando tomadas em nível estadual. Por exemplo, em estados como Sergipe e Ceará, onde foram entregues 16.560 e 24.543 armas respectivamente, entre 1998 e 2008, a criminalidade aumentou em 226,1% e 115,8%. Já no Rio de Janeiro foram entregues 44.065 armas, e o índice caiu 28,7%. Um outro dado interessante: segundo a edição de 2010 dos Indicadores de Desenvolvimento Sustentável no Brasil, elaborada pelo IBGE, *embora o Nordeste seja a região brasileira com o menor número de armas legais, é a que apresenta a maior taxa de homicídios com 29,6 por 100 mil habitantes. Em compensação, a Região Sul, que conta com a maior quantidade de armas legais do Brasil, apresenta a menor taxa de homicídios com 21,4 por 100 mil habitantes* (QUINTELA e BARBOSA, 2015, pág. 77/78). (Grifei)

Assim, é perceptível em números que nossas taxas de homicídios têm sua disparada alguns anos após o advento da Constituição Federal de 1988, que a década de 1990 e seguintes tiveram um péssimo histórico nos índices de violência.

Tais números, dignos de ser chamados de índices de *violência epidêmica*, evidencia uma falta de fatores dissuasórios no tocante ao cometimento de crimes violentos no país, como se a nossa ordem jurídico-penal não oferecesse punições à altura dos números que se observa no caso brasileiro de *violência pública*.

O mais recente Anuário Brasileiro de Segurança Pública, de 2018, com números relativos ao ano de 2017, resume a atual situação dos crimes violentos do país conforme as figuras a diante, as quais podemos constatar os números espantosos ao qual evoluiu a situação da violência pública.

Observam-se neles o alto número de pessoas desaparecidas no país em 2017, mais de 82,6 mil, superando o número oficial de pessoas assassinadas que atingiu mais de 63,8 mil, permitindo sugerir que o número de pessoas assassinadas pode estar muito subestimado, pois num país onde há verdadeiras guerras entre poderosas facções pelo controle do narcotráfico, é muito provável que grande parcela desse número de desaparecidos seja, em verdade, de pessoas assassinadas (basta uma simples correlação entre os dois números para tal conclusão).

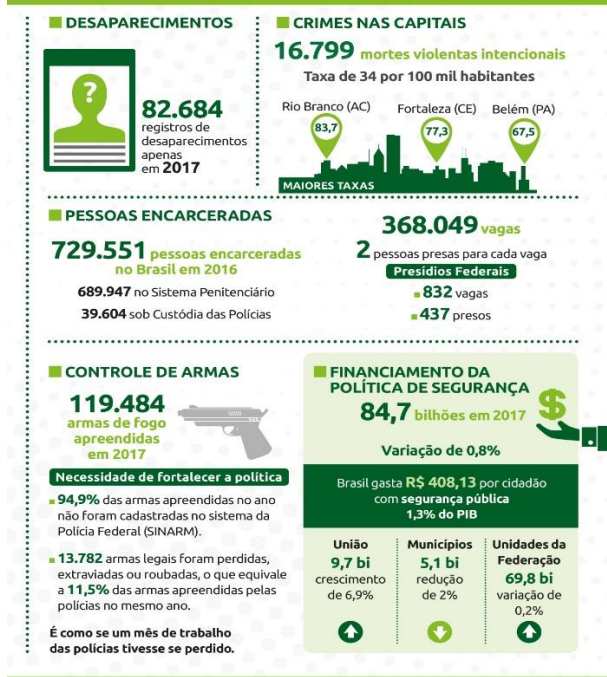
Figura 06 e 07: Resumo dos números e taxas de crimes violentos no Brasil.

Segurança Pública em Números



2018

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA



Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2018, págs. 06/07)

Todos os números no resumo das figuras anteriores são impactantes, porém destacam-se ainda o elevado número de denúncias do crime de estupro e de casos de violência doméstica contra as mulheres.

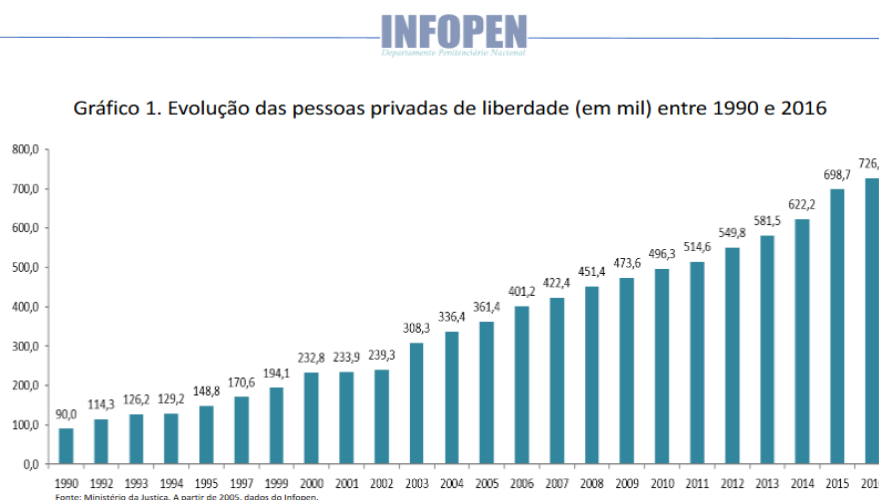
Além disso, também se destacam o elevado número de armas de fogo apreendidas no Brasil, sendo que quase 95% eram armas não cadastradas no Sistema da Polícia Federal (SINARM), ou seja, eram armas ilegais, adquiridas no mercado negro.

Ainda, pode-se verificar o alto número de baixas nos profissionais responsáveis pela segurança pública, os policiais civis e militares assassinados no Brasil, fora e dentro de serviço, que apesar da queda de quase 5% comparado ao ano anterior, continua elevadíssimo, morrendo em média 1 policial civil ou militar por dia. As mortes de pessoas, quase totalidade de criminosos, em confronto policial também se mostram elevadas, porém, por si só, não se mostram responsáveis pelos elevados índices de homicídios no país.

Por fim, e mais importante para este estudo, destacam-se também o que o Anuário Brasileiro de Segurança Pública chamou de “pessoas encarceradas” no país, apontando para um número de quase 730 mil indivíduos no ano de 2016.

Antes, contudo, de entrar no mérito se existe mesmo quase 730 mil pessoas “encarceradas” no Brasil, isto é: “presas” de fato, é imprescindível mostrar a progressão numérica do histórico dos números absolutos de indivíduos “privados de liberdade”, segundo levantamento feito pelo INFOPEN, na figura 08.

Figura 08 – Progressão Histórica de pessoas privadas de liberdade no Brasil.



Fonte: INFOPEN (2017, pág. 09)

Há aqui um aparente paradoxo, portanto, pois os números vistos desta forma, faz-se parecer que mesmo com o advento de nossa *Constituição Garantista* exortando um Direito Penal Mínimo, o estado brasileiro vem respondendo com muitas prisões e, portanto, à altura do crescimento da criminalidade nas últimas décadas, responsabilizando os criminosos rigidamente, mas que mesmo assim esse excesso de prisão não está surtindo efeitos positivos nos números registrados todos os anos em relação a violência pública brasileira.

É como se prender, ou seja: o uso da pena privativa de liberdade, não funcionasse no combate à criminalidade.

Todavia, esses números absolutos, na verdade, informam a quantidade de pessoas com alguma espécie de restrição de liberdade. Nem todos esses presos já foram condenados pela justiça e, conseqüentemente, não têm tempo concreto determinado de pena a cumprir.

Essa grande parcela cumpre prisão cautelar e, como se verá na tabela da figura 09, um percentual muito aquém dos números divulgados nas figuras 08 e 07 são de pessoas

condenadas pelo Estado e outro percentual menor ainda são os que cumprem a pena em Regime Fechado.

Figura 09 – Número de pessoas com restrição de liberdade categorizada

QUADRO NACIONAL (quantidade)							
Presos em Regime Fechado	Presos em Regime Semiaberto	Presos em Regime Aberto	Presos Provisórios	Presos em Prisão Domiciliar	Total	Internos em Cumprimento de Medida de Segurança	
328.261	113.527	9.172	243.391	8.236	702.587	3.248	

Fonte: Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2016)

Portanto, a quantidade em números absolutos de pessoas efetivamente privadas de liberdade e condenadas pela justiça, isto é, com guia de recolhimento expedida de pena a cumprir, isoladas da sociedade em período predominantemente integral, são de 328.261 no ano de 2016 e não os mais de 729 mil como passa tacitamente a tratar o gráfico da figura número 07, sendo aproximadamente 46% daquele montante os que cumprem pena privativa de liberdade em *Regime Fechado*.

É importante destacar também que aproximadamente 15% estão no *Regime Semiaberto*, e 35% são pessoas que cumprem *prisões provisórias* que, conforme o art. 316 do CPP, pode ser revogada pela autoridade judiciária a qualquer momento, sendo esta modalidade prisional uma verdadeira catraca rotativa.

Ademais, quanto aos presos do *Semiaberto*, assim diz o art. 35, §§1º e 2º do CPB: “§1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno (...). §2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior”.

O *Regime Semiaberto*, instituído pela Lei 7.209/84 e recepcionada pela CF/88, permite que o indivíduo apenado tenha amplo acesso ao mundo exterior, possibilitando que este trabalhe fora do ambiente prisional sem obstáculos para fuga e sem vigilância.

(No Regime Semiaberto) O trabalho será comum durante o período diurno, realizando-se dentro do estabelecimento, com a possibilidade de ser realizado no ambiente externo, inclusive na iniciativa privada (a jurisprudência tem exigido prévia autorização judicial). Não há previsão para o isolamento durante o período do repouso noturno. Admite-se, por fim, mesmo que fora do estabelecimento

prisional, a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (SANCHES, 2016, p. 447). (Grifei)

Portanto, preso de forma efetiva, o Brasil tem aproximadamente 330 mil indivíduos condenados, que são os que por enquanto estão no Regime Fechado, até cumprirem 1/6 da pena conforme o art. 33 do CPB, em sua maioria, com direito ainda a remissão da pena por estudo ou trabalho nos moldes dos artigos 31, 41 e 121 da Lei de Execuções Penais, e que, portanto, logo estarão em regime menos rigoroso de cumprimento de pena.

O Estado brasileiro, como já dito, tem um ordenamento penal com punições e regime de pena com rigidez aquém da altura dos índices que enfrentamos, evidenciado num ordenamento penal garantista em demasia, voltado para a prática do Direito Penal Mínimo que pode ser concausa dos índices observáveis que o país enfrenta.

3 HÁ EVIDÊNCIAS NA RAZ DE IDEOLÓGICA DO GARANTISMO PENAL QUE INDIQUEM O FAVORECIMENTO DA CRIAÇÃO DE CONDIÇÕES ADVERSAS PARA O EXERCÍCIO DO JUS PUNIENDI ESTATAL, PODENDO IRRIGAR TAIS ÍNDICES NEGATIVOS?

3.1 O QUE É O GARANTISMO?

Inicialmente, para uma melhor abordagem do tema proposto no título deste capítulo 3, faz-se importante dividi-lo em alguns tópicos que se dediquem primeiramente a explicar o que é, afinal, o Garantismo Penal e sua influência no Brasil, para depois adentrar-se no âmago do pensamento de Luigi Ferrajoli sobre suas reais intenções ao propor essa cultura criminalista.

Descrever com precisão o que é a cultura ideológica do Garantismo Penal é uma tarefa metódica, cuja correta descrição requer o devido cuidado.

A origem do *garantismo* se deu na França do período pré-revolucionário, ainda no século XVII, que surge, tendo como um grande expoente *Charles-Louis de Secondat*, ou *barão de Montesquieu*, o termo “garantismo” no sentido de garantias da liberdade do indivíduo frente ao Estado.

Durante a vida, Montesquieu fora fortemente influenciado pela revolução liberal inglesa, que havia *limitado constitucionalmente a monarquia da Inglaterra* apenas um ano

antes do seu nascimento, em 1688, bem como conseguira acabar com o *sistema feudal camponês*, conforme Weffort (2011, pág. 09) diz: “*Reencontraremos em Montesquieu, na França absolutista de meados do século XVIII, a admiração pela Inglaterra liberal que as revoluções inglesas construíram ou, pelo menos, permitiram que se construísse*”.

Também cabe destacar as lições de Mello (2011, pág. 71):

Locke influenciou ainda os filósofos iluministas franceses, principalmente Voltaire e Montesquieu e, através deles, a Grande Revolução de 1789 e a declaração de direitos do homem e do cidadão. E, finalmente, com a Grande Revolução as ideias “inglesas”, que haviam atravessado o canal da Mancha e estabelecido uma cabeça de ponte no continente, transformaram-se nas ideias “francesas” e se difundiram por todo o Ocidente.

Para contextualizar bem o histórico político e social do século em que viveu Montesquieu, o século XVII, é importante destacar que o continente europeu passava por constantes conflitos de objetivos revolucionários, de teores Humanistas e Iluministas, que visavam limitar constitucionalmente o poder político dos reis absolutistas e abolir definitivamente o “*Sistema Feudal*” camponês – seria chamando assim somente após a Revolução Francesa – ainda vigente em todo o continente europeu e consolidar a nova estrutura de relações sociais emergentes da burguesia com o Estado.

O historiador inglês, Hobsbawn, em seu livro “*A Era das Revoluções 1789-1848*” (2012, págs. 31-33), sobre aqueles anos pré-revolucionários, explica que:

Com exceção da Grã-Bretanha, que fizera sua revolução no século XVII, e alguns Estados menores, *as monarquias absolutas reinavam em todos os Estados em funcionamento no continente europeu*; aqueles em que elas não governavam ruíram devido à anarquia e foram tragados por seus vizinhos, como a Polônia. Os monarcas hereditários pela graça de Deus comandavam hierarquias de nobres proprietários, apoiados pela organização tradicional e a ortodoxia das igrejas e envolvidos por uma crescente desordem das instituições que nada tinham a recomendá-las exceto um longo passado. (...). *Além disso, na última parte do século XVIII, estas necessidades e o evidente sucesso internacional do poderio capitalista britânico levaram a maioria destes monarcas (ou melhor, seus conselheiros) a tentar programas de modernização intelectual, administrativa, social e econômica.* (Grifei)

Continua Hobsbawn (2012, pág. 33):

(...). Poucos pensadores racionais, mesmo dentre os conselheiros dos príncipes, duvidaram seriamente das necessidades de se abolir a servidão e os laços remanescentes da dependência Feudal camponesa. Tal reforma era reconhecida como um dos principais pontos de qualquer programa “*esclarecido*”, e não havia nenhum príncipe de Madri a São Petersburgo e de Nápoles a Estocolmo que não tivesse subscrito esse programa durante o quarto de século que precedeu a Revolução Francesa. (...). *O que de fato aboliu as relações agrárias feudais em toda a Europa Ocidental e Central foi a Revolução Francesa, por ação direta, reação ou exemplo, e a revolução de 1848.* (Grifei)

Assim, a primeira ideologia de progresso influenciada pelos ideais Iluminista e Humanista a se desenvolver e que lutou contra o Absolutismo despótico vigentes nos Estados europeus, bem como pela extinção total da relação feudal, antes mesmo da era revolucionária pela qual passaria a Europa entre 1789 a 1848, foi o Liberalismo Clássico, que conforme Hobsbawn (2012, pág. 236):

Até 1789, a formulação mais poderosa e adiantada desta ideologia de progresso tinha sido o clássico liberalismo burguês. De fato, seu sistema fundamental fora elaborado de maneira tão firme nos séculos XVII e XVIII que seu estudo mal pertence a este livro. Era uma filosofia estreita, lúcida e cortante que encontrou seus mais puros expoentes, como poderíamos esperar, na Grã-Bretanha e na França.

DUPRÉ complementa o raciocínio (2016, pág. 125):

O surgimento do liberalismo como doutrina política costuma ser visto como uma resposta aos horrores dos conflitos religiosos que culminaram na Guerra dos Trinta Anos, que devastou a Europa na primeira metade do século XVII. Chocados com o turbilhão social e com o sofrimento humano causado por décadas de lutas motivadas por *questões religiosas e dinásticas*, os filósofos ingleses Thomas Hobbes e John Locke começaram a fazer especulações sobre a base e a justificação do governo. *Ambos concordavam em que o poder do soberano era justificado apenas pelo consentimento dos governados, como expresso em um hipotético contrato social entre governantes e governados, e em que a liberdade destes últimos não deveria ser limitada sem a permissão e sem uma boa causa.* Dois tratados sobre governo, de John Locke, foram publicados em 1690, apenas dois anos após a “Revolução Gloriosa” ter colocado um monarca com restrições constitucionais no trono inglês. *Essas duas obras serviram de inspiração teórica para as revoluções transformadoras no século XVIII: Revolução Americana e a Revolução Francesa.* (Grifei)

Portanto, foi nesse contexto em que o Liberalismo Clássico lutava pelas necessidades de limitação constitucional das monarquias absolutistas e da extinção das relações feudais camponesas, que surge pela primeira vez o termo “*garantismo*” na França, através das análises de Montesquieu sobre a constituição inglesa. Nas lições de Ibañez apud De Ruggiero (IPPOLITO, 2011, pág. 35):

(...) Andrés Ibañez, notando que De Ruggiero entende por garantismo a concepção “da liberdade política [...] como liberdade do indivíduo do Estado e frente ao Estado” (...), ou seja, a “*concepção de garantias de liberdade*” (...) *que começa a tomar forma com Montesquieu, em torno da análise da constituição inglesa e da correlativa teorização sobre as técnicas de limitação dos poderes públicos face à dos indivíduos.* “A liberdade – escreve De Ruggiero – que é retratada como direito inato pelos racionalistas abstratos, se revela, à observação sagas, dependente de muitas circunstâncias” (...): é uma delicada construção social que necessita de contrapesos jurídicos e de equilíbrios institucionais. *A experiência constitucional inglesa, desta perspectiva, transforma o paradigma dos “princípios do garantismo” (...).* (Grifei)

Uma vez delimitado o período histórico pelo qual passava a Europa nos anos retrocitados, cabe afirmar que o sentido da palavra “*garantismo*” na França no século XIX

ainda sofreria uma ressignificação jurídica, desta vez dada pelos Socialistas Clássicos, passando a ter a conotação de “*Seguridade Social*”.

Este novo sentido da palavra foi empregado por Charles Fourier. Ele foi considerado um dos pais do Socialismo Clássico entre os séculos XVIII e XIX, sendo enquadrado por Karl Marx e Friedrich Engels, bem como pelos historiadores, no rol dos socialistas *utópicos* ou *românticos*.

(...). Uma crítica semelhante também se desenvolveu, em relâmpagos visionários muito próximos da excentricidade, ou mesmo da loucura, entre os primeiros “*Socialistas Utópicos*” da França. Os seguidores de Saint-Simon (embora não o seu líder) e especialmente “*Fourier*” dificilmente podem ser considerados outra coisa que românticos (utópicos). (HOBSBAWN, 2012, pág. 263) (Grifei)

(...). Aspecto peculiar do livro reside na defesa de Proudhon, com o qual Marx mantinha amiúde encontros pessoais em Paris. Naquele momento, o texto de A sagrada família fazia apreciação positiva da crítica da sociedade burguesa pelo já famoso autor de “O que é a propriedade”, então o de maior evidência na corrente que Marx e Engels mais tarde chamaria de Socialismo Utópico e da qual consideravam Owen, Saint-Simon e “*Fourier*” os expoentes Clássicos (GORENDER [Órg], 2013, pág. 27). (Grifei)

Fourier, portanto, socialista utópico, quis empregar ao termo “*garantisme*” o estado antecedente em que se encontrava a evolução civil de uma sociedade na busca da realização do ideal supremo de uma perfeita e harmônica sociedade comunitária.

Colocado e Desacreditado por Marx e Engels na categoria dos imaginativos proferidos pelo socialismo utópico, Fourier cunha e emprega o termo “*garantisme*” para designar um estado de evolução civil prodrômico à realização do ideal supremo de uma perfeita e harmônica sociedade comunitária. Objetivo intermediário e transitório do seu projeto político - sinteticamente ilustrado na obra *Le nouveau monde industriel et sociétaire* de 1829 (IPPOLITO, 2011, pág. 35).

Para Fourier, “*garantismo*” era um *Sistema de Seguridade Social* que, com leis que visavam salvaguardar os indivíduos mais fracos, dava a eles as garantias dos direitos vitais por meio de um plano revolucionário de reformas voltadas para o setor público e privado.

Garantismo é entendido por Fourier como um sistema de *segurança social* que procura salvaguardar os sujeitos dos mais fracos, fornecendo a eles as garantias dos direitos vitais (partindo daqueles conexos à subsistência) através de um plano de reformas que diz respeito tanto a esfera pública quanto a privada (IPPOLITO, 2011, pág. 35). (Grifei)

Após a Segunda Guerra Mundial, o termo “*garantismo*” ganhou força na Itália e status de “garantias constitucionais de liberdades fundamentais”, ou seja, passou a ser tratado

como *garantismo constitucionalista*, segundo a concepção dos Liberais Clássicos retromencionadas, conforme mostra Ippolito (2011, pág. 35/36):

Como denominação centralizada sobre as garantias constitucionais das liberdades fundamentais, o termo *garantismo* se radica na linguagem filosófico-jurídica italiana do segundo pós-guerra (...). O *garantismo* se configura como um componente essencial do constitucionalismo moderno (antimajoritário e individualístico). (Grifei)

Ver-se, portanto, que o termo “*garantismo*” como instituto jurídico é assimilado na Itália com o sentido inicialmente proposto pelos liberais clássicos, de proteção constitucional aos direitos e liberdades individuais e políticas do cidadão face ao Estado.

3.2 O GARANTISMO COMO INSTRUMENTO NO DIREITO PENAL

Visto que a expressão *garantismo* nasce como um instrumento jurídico no Século XVII empregado às políticas de cunho liberais, foi a partir da década de 1970, na Itália, que *juristas progressistas*, portanto no espectro político à esquerda⁴, elaboraram um movimento de reafirmação das liberdades individuais frente ao Estado italiano que, na ânsia de combater as organizações terroristas de aspirações políticas, promulgava no ordenamento jurídico penal cada vez mais leis emergenciais e gravosas.

Agora, o *garantismo* adentrava no campo do Direito Penal, como explica Ippolito:

Trata-se, de fato, de uma curvatura semântica produzida sucessivamente no tempo, quando, em relação à legislação emergencial com a qual a política italiana tentou enfrentar o terrorismo, na segunda metade dos anos setenta, a cultura jurídica, de orientação progressista, reafirmou com força o primado dos direitos individuais de imunidade e de liberdade diante dos poderes punitivos do Estado. *Garantismo* se torna, então, o nome da teoria liberal do direito penal, ou seja, do paradigma normativo – de matriz iluminista – do “Direito Penal Mínimo” (2011, p. 37).

Para proteger os direitos de liberdades do povo e limitar o poder punitivo do Estado, com suas medidas rígidas emergenciais de políticas de combate ao *terrorismo político*, nasce o *Garantismo Penal*, sendo fruto do esforço de juristas que usaram da teoria garantista constitucionalista, que no passado visava limitar o arbítrio dos reis déspotas,

⁴ A esquerda – como a entendemos hoje, nasceu com a Revolução Francesa, em 1789, centrada em ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. A própria palavra decorre dessa origem: o termo foi cunhado a partir da posição, à esquerda, ocupada pelos jacobinos na Assembleia Nacional. Desde então, as teorias socialistas e anticapitalistas voltaram-se para o desdobramento e a prática desses princípios, e a palavra “esquerda” passou a sintetizar a defesa do socialismo, a luta contra a exploração, a dominação, a discriminação e a alienação (JINKINGS e SADER, pág. 10, 2012).

inclusive quanto ao uso do arbítrio punitivo, para, agora, limitar o poder de punir do Estado Democrático de Direito moderno.

Nos séculos XVII e XVIII, o Sistema Penal foi pensado por filósofos iluministas como um ambiente de primeira qualificação política da ordem civil, pois nele se encontram, de imediato, a relação entre autoridade e indivíduo; os conflitos entre força do Estado e direitos do homem.

Assim, a concepção da criação de um modelo de Estado caracterizado pela subordinação dos poderes públicos à lei, centrado na defesa dos sujeitos, encontra na qualificação dos crimes e definição de suas penas, bem como na organização da justiça penal, um ponto de partida fundamental e definitivo. *“A severidade das penas é mais conveniente ao governo despótico, cujo princípio é o terror, do que à monarquia ou à república, que tem como motor a honra e a virtude”* (MONTESQUIEU, 2000, pág. 93). (Grifei)

Sobre os objetivos dos iluministas quanto a modernização do antigo sistema repressivo europeu, Ippolito (2011, pág. 37) explica que:

Contra o sistema punitivo do antigo regime, confessional nas proibições, feroz nas punições, abusivo nas imputações, arbitrário nas decisões, Beccaria, Voltaire, Filangieri (para citar os mais ilustres expoentes do iluminismo jurídico) se batem por uma reforma da justiça penal finalizada a retirar “ao inocente todo medo, ao infrator toda esperança, e aos juízes todo o arbítrio” (...). A Codificação legislativa do direito penal, humanização e racionalização do sistema das penas, secularização e liberalização dos delitos, demolição dos institutos do processo inquisitório e introdução das garantias fundamentais do imputado: são estes os objetivos dos iluministas (...).

O processo penal daquela época *“era alicerçado na prisão preventiva, no segredo e na forma escrita da instrução das provas, na posição de inferioridade da defesa do acusado, feroz nas punições, abusivo nas imputações das penas, autoritário nas decisões”* (IPÓLITO, 2011, pág. 37) e a isso se opunham os pensadores iluministas, que pregavam a necessidade do desenvolvimento de um novo modelo penal contrário ao antigo por natureza e de interpretação fundamental.

Os iluministas propõem, então, um novo sistema *“estruturado sobre a presunção de inocência e a liberdade pessoal do imputado, sobre a publicidade e oralidade do rito, sobre a paridade e o contraditório entre as partes, sobre a imparcialidade do juiz e a sua atuação como terceiro não interessado”* (IPPOLITO, 2011, pág. 37).

O *“neo-iluminismo”*, corrente a qual Ferrajoli se identifica, insere todas essas garantias processuais, desenvolvidas nos séculos XVIII e XIX, em um complexo sistema

normativo desenvolvido para proteger os indivíduos à mercê da regulação do poder punitivo do Estado.

Essa regulação segue um sistema de limites e vínculos, que se impõem tanto as leis penais, com o objetivo de restringir-lhe as defesas dos direitos, quanto à justiça penal, com a finalidade de reduzir a jurisdição penal às atividades meramente de aquisição de conhecimento.

Conforme as lições do próprio Ferrajoli citado por Ippolito (2011, pág. 37):

O enquadramento da *jurisdição penal como saber-poder* e a *ancoragem da lei penal na defesa dos direitos* descendem de um conjunto de garantias substanciais e processuais que a teoria do garantismo penal põe como parâmetros de justificação do poder de punir. As *garantias penais substanciais* são critérios normativos e limitativos da previsão legal dos delitos (...). As *garantias processuais* regulam a intervenção punitiva estatal na fase crucial da decisão judicial (acertamento giudiziário), formando com as primeiras um sistema fortemente coeso, voltado para a salvaguarda da liberdade e para a minimização do arbítrio punitivo (...).

Desta forma, o garantismo adentrado na esfera penal visa dá uma nova justificação aos parâmetros do direito punitivo do Estado, que se devem ser na defesa dos direitos (não os bens jurídicos) e na função meramente interpretativa e cognitiva da jurisdição criminal (não aplicadora sistemática da lei penal), elaborando-se um rol de garantias que se aplicam a esses dois parâmetros de cunho hora material e hora processual, garantias fortalecidos por normas de hierarquia constitucional que, assim, vincule obrigatoriamente todo o sistema punitivo, conforme se verá mais adiante.

3.3 COMO PENSA LUIGI FERRAJOLI? ALGUNS OBJETIVOS E FINALIDADES RADICAIS DO PAI DO GARANTISMO

Jurista italiano, nascido em Florença no ano de 1940, principal expoente do Garantismo Penal, considera-se um juspositivista crítico ou neopositivista.

Ferrajoli também foi juiz no período entre 1967 a 1975, e foi neste ínterim que sua biografia chama à atenção dos que o estudam. Durante esse período, foi ligado ao grupo chamado “Magistratura Democrática”, uma associação de juízes de orientação no aspecto político à *esquerda progressista*.

Essa ideologia (garantismo penal) nasceu a partir de um movimento de juristas politizados à esquerda na Itália conturbada dos anos 70, a Magistratura Democrática Italiana, em especial com base nas ideias do jurista Luigi Ferrajoli. O apelo oportunista ao positivismo jurídico disfarçou, na obra de Ferrajoli, as intenções políticas de seu apelo às “garantias dos direitos” do criminoso como preocupação

máxima do julgador, a ponto de precisar ter sempre por disposição aplicar a pena mais leve. Essa corrente politizada procura se travestir de neutra para “adocicar” o caminho dos meliantes, ocultando uma sub-reptícia desconfiança da aplicação contundente da justiça e do “direito burguês” (BERLANZA, 2018).

Quanto a ser juspositivista crítico ou neopositivista, Ferrajoli critica o atual sistema juspositivista dogmático contemporâneo, vide sua opinião:

Chamo de “juspositivismo dogmático” cada orientação teórica que ignora ao conceito de *vigor das normas como categorias independente da validade e da efetividade*: sejam os *ordenamentos normativos*, que assumem como vigentes apenas as normas *válidas*, sejam os *ordenamentos realistas*, que assumem como vigentes apenas as normas *efetivas* (FERRAJOLI, 2002, p. 699). (Grifei)

Para Ferrajoli, um sistema de ordenamento jurídico deve ter por *válidas e efetivas*, simultaneamente, como critérios para uma lei ter vigência, segundo a orientação teórica do garantismo do direito. A distinção do vigor das normas quanto a sua *validade e efetividade* é o critério de análise para se tornar uma lei viva no ordenamento.

Ferrajoli considera que “*um juiz garantista ou neopositivista não tem a obrigação de sempre aplicar a lei e considera-la válida de forma automática*” (p. 699, 2002). Exemplifica que se a norma for contrária à constituição ele tem a obrigação de declara-la inválida e não ser fiel a lei. Até então normal. Porém, Ferrajoli (2002, p. 700) sugere que mesmo que uma lei nunca tenha estado sob suspeita de invalidade, ou que uma lei sempre tenha sido aplicada ou até mesmo declarada válida por corte competente, o juiz ainda assim poderá recusar-lhe a validade e refutar a vigência dessa lei por discordar dela mediante juízo valorativo.

É que esta lei, apesar de tudo isso, apenas terá *efetividade e presunção de validade* que pode ser superada mediante a discricionariedade do juízo valorativo do magistrado de concordar ou não com a *validade* dela. Para o jurista neopositivista, *validade* não depende de efetividade da lei ao caso concreto (como no caso de sempre ter tido aplicação) e a *presunção de validade* da lei é uma regra relativa e não absoluta (como no caso de até mesmo corte competente reafirmar sua validade).

Portanto, para o mesmo, é aí que erra o *juspositivismo dogmático*, clássico, pois nele, se uma lei sempre foi *efetivada* ou nunca teve sua *vigência* declarada inválida por conflitar com a constituição, então o juiz deve ser fiel à sua aplicação.

Ferrajoli conclama os juízes/aplicadores da lei à uma forma de desobediência à obrigação de se ter fidelidade de aplicação da lei e que o juiz sempre haja de acordo com sua livre consciência valorativa, principalmente em matéria penal, pois assim tem-se uma fórmula

para limitar e abrandar o uso do poder punitivo estatal, sempre em primeiro plano observando os direitos e garantias do indivíduo, no caso penal, do réu/acusado.

Outro dado revelador sobre o idealismo que molda o pensar de Luigi Ferrajoli é sua filiação política a corrente de *esquerda socialista progressista*, que nas palavras do austríaco Rothbard em artigo sobre o tema (2018):

A esquerda progressista possui um objetivo similar ao dos comunistas, mas não idêntico: *um estado socialista igualitário, gerido totalmente por burocratas, intelectuais, tecnocratas, "terapeutas" e pela Nova Classe iluminada, geralmente em colaboração com — e sempre sendo apoiada por — credenciados membros de todos os tipos de grupos "vitimológicos", aquela gente que se diz perseguida e que vive lutando por "direitos iguais" — sendo que os 'iguais' significa na verdade 'superiores' (MISSES, 1992).*

Giardin citando artigo de Ferrajoli intitulado: “*Marxismo y cuestión criminal*”, escreve também em artigo (BURKE, 2018):

A anteceder a teoria sistematizada por Luigi Ferrajoli na Itália no final da década de 1980, o passado militante do jurista orgânico italiano não deixa dúvidas de que o herói de nove entre dez penalistas brasileiros serve a uma agenda de transformação da sociedade pela conversão do sistema de justiça criminal, considerado por ele “*burguês*” (e, portanto, “irracional” e “ilegítimo”), em instrumento para contribuir com o advento de uma sociedade “*digna de chamar-se socialista*”. Isso porque Ferrajoli considera a *socialização dos meios de produção* uma “*terapia estratégica contra o delito*”, porquanto o delito, segundo ele, “*não nasce da consciência individual*”, mas de “*espaços sociais*” que pululam em decorrência do maldito capitalismo. Para Ferrajoli, uma sociedade socialista é “*menos criminógena*” exatamente porque “*reduz*” esses espaços sociais onde “*nascem*” os delitos[2]. Por essas e outras, de acordo com Ferrajoli, *é tarefa dos magistrados “democráticos” engajarem-se na luta de classes, dando como pressupostos os postulados da criminologia crítica marxista, que enxerga o sistema penal como uma técnica de controle social destinada a manter uma hegemonia de classe social*. Se o sistema é considerado burguês, e serve para assegurar a hegemonia da classe burguesa, cabe aos juristas orgânicos, que se declaram comprometidos com os “*oprimidos*”, tomá-lo de assalto e convertê-lo em um sistema revolucionário – um contrassistema dentro do sistema -, dando curso ao inevitável progresso histórico rumo à ditadura do proletariado. Simples assim.

Cumpre-se ainda mencionar o próprio artigo de Ferrajoli, traduzido para o português em 2008, intitulado “*Garantismo e Direito Penal*”, onde o mesmo defende que haja uma grande redução dos bens que são protegidos pelo Direito Penal, sendo somente os bens constitucionalmente definidos como fundamentais e que, mesmo tais bens, sofressem, por sua vez, outra grande limitação em seu rol.

Uma séria despenalização deveria, por isso, ainda antes de apontar à redução da tutela penal apenas aos bens que consideramos fundamentais, apontar à redução da esfera dos bens que podemos permitir-nos considerar fundamentais, apenas aos bens cujas ofensas consideramos, realisticamente, que podem ser julgadas decentemente pelo sistema judicial, ainda que reforçado nos meios e nas estruturas (2008, FERRAJOLI).

Com isso, Ferrajoli defende que a pena de Reclusão – privativa de liberdade por excelência – seja, já que não pode ser abolida, limitada profundamente sendo direcionada para somente os crimes tidos como gravíssimos contra bens fundamentais, bem como que seu tempo máximo de duração sofra uma forte diminuição, defendendo, com isso, uma política de desencarceramento em massa, pois uma vez que delinquentes que tivessem sido julgados e condenados por delitos cujos bens jurídicos ofendidos saíssem da punição com a pena de reclusão seriam liberados e cumpririam penas alternativas.

Vou dedicar uma reflexão mais longa à segunda das nossas questões — como punir — e ao tema com ela conexo do desencarceramento. *Penso que os tempos estão hoje maduros para pôr fim à centralidade da prisão como pena primária do sistema penal.* A prisão — já o sabemos — foi uma invenção moderna: uma grande conquista, almejada pelo Iluminismo humanitário, em alternativa à pena capital, aos suplícios, às penas corporais, ao pelourinho e aos outros horrores do Direito Penal pré-moderno (...). Mas o grau de civilização de um país, advertia Montesquieu, mede-se e progride com a moderação das penas. E, portanto, talvez seja possível dar hoje, a dois séculos de distância, um novo salto civilizacional: *destronar a reclusão carcerária do seu papel de pena principal e se não aboli-la, pelo menos reduzir drasticamente a sua duração e prevê-la como pena excepcional, limitada às ofensas mais graves a direitos fundamentais (como a vida, a integridade pessoal e semelhantes)*, pois só estes justificam a privação da liberdade pessoal, que é, também ela, um direito fundamental constitucionalmente garantido (...). *A redução quantitativa da duração das penas de prisão significa, antes de tudo, a abolição da prisão perpétua e, em segundo lugar, uma drástica redução do limite máximo da reclusão: para um limite que não deveria superar os quinze ou, no máximo, os vinte anos* (FERRAJOLI, 2008, págs. 60/62).

Portanto, ver-se o teor de radicalidade que Luigi Ferrajoli enxerga a forma de como devem ser punidos os criminosos, ao ponto de ver com maus olhos a pena de Reclusão e mesmo para aqueles crimes que possam ser punidos com ela, como os que protegem bens elencados como fundamentais, ainda sofram drástica redução em sua previsão abstrata máxima de duração nos códigos penais.

Em seu livro “*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*”, Ferrajoli dedica um tópico inteiro, que vai das páginas 329 a 367, onde defende uma alternativa às penas privativas de liberdade e o fim penas pecuniárias.

Nas páginas 330 a 336, ele se dedica a pregar a abolição da pena carcerária e a defender a redução radical, no curto prazo, das penas privativas de liberdade a um limite máximo de 10 anos ou menos de duração para os delitos tidos como graves. Tudo isso devendo se dar no amadurecimento da cultura punitivista do meio jurídico que envolvem metas de curto e médio prazo, sendo ao longo prazo a ocorrência da extinção completa dessa modalidade de pena.

Portanto, se é verdade que o grau de dureza tolerável das penas está ligado em cada ordenamento ao grau de desenvolvimento cultural alcançado por ele, resulta

possível hoje desenhar uma estratégia de reforma do direito penal que aponte, a longo prazo, a supressão integral das penas privativas de liberdade e, a curto e médio prazos, uma drástica redução de seu tempo de dureza legal, começando pela abolição dessa moderna barbárie que é a prisão perpétua. (...). No transcurso do longo período em que está destinada a amadurecer a ideia da abolição da pena privativa de liberdade, exigências elementares de certeza e de justiça fazem com que seja necessária, a curto prazo, uma drástica redução da mesma, por meio da restrição de suas hipóteses de aplicação e do encurtamento da sua duração. Esta redução quantitativa – não indireta, por meio dos atuais mecanismos discricionários de indulgências previstos na fase de execução, senão direta, mediante a sua substituição por tipos de penas mais leves para os delitos menos graves e a redução da legalmente prevista para os mais graves – pode representar, portanto, a curto e médio prazo, um objetivo crível de reforma penal. (...). Penso que a duração máxima da pena privativa de liberdade, qualquer que seja o delito cometido, poderia muito bem reduzir-se, a curto prazo a dez anos e, a médio prazo, a um tempo ainda menor; e que uma norma constitucional deveria sancionar um limite máximo, digamos, de dez anos. (...). Ademais, uma vez que a pena privativa de liberdade seja substituída para os delitos mais leves pelas atuais medidas alternativas, e reduzida a dez anos ou a um tempo menor, para os delitos mais graves, deixariam de ser necessárias, em sede de execução, as revisões da duração da pena em função da boa conduta, as análises sobre a cessação da periculosidade do interno ou semelhantes. A redução das penas legais em lugar de sua substituição discricionária durante a execução permitirá, em suma, salvaguardar todos os elementos garantistas da pena (FERRAJOLI, 2002, págs. 331/333).

Quando Ferrajoli fala que a pena privativa de liberdade, já no curto prazo, poderia ser reduzida a 10 anos e posteriormente, a médio prazo, a um prazo ainda menor de duração em “*qualquer que seja o delito cometido*” por ocasião de uma reforma penal de uma sociedade que se almeje por evoluída, ele demonstra seu caráter abolicionista radical e engloba, com toda a evidência, os crimes hediondos, e os com eles equiparados como o terrorismo, o tráfico de drogas e a tortura. Alvitre-se, ademais, que o jurista italiano advoga o fim completo da aplicação da pena privativa de liberdade no longo prazo, inclusive para tais delitos.

Destaque-se que Ferrajoli também prega o fim das análises de periculosidade do condenado e revisões de duração da pena em função de boa conduta, uma vez que a forte redução da pena de prisão para delitos graves não mais ensejaria tais medidas. As análises criminológicas de periculosidade do preso, como sabido, serve para que o Estado tenha uma base segura para se saber o grau de recuperação social de um preso e se deve ou não ter seu retorno à sociedade abreviado em conjunto com os requisitos objetivos de progressão de pena. Algo da natureza como propõe Ferrajoli, além de uma série de outras implicações, certamente teria no final das contas uma consequência danosa previsível a segurança pública: A devolução de criminosos violentos e perigosos não recuperados à sociedade e de forma rápida.

Para se punir os crimes de todas as naturezas e gravidades, Ferrajoli propõe um “*sistema de penas alternativas*” que consistiria na substituição paulatina da pena privativa de liberdade – como a reclusão – pelas atuais medidas alternativas que são aplicadas no momento da execução da pena.

Ferrajoli defende ser necessário, no curto prazo, torna-las penas principais previstas em lei pelo Poder Legislativo e aplicadas pelo juízo da condenação para todos os delitos menos graves e, no longo prazo, para os mais graves, abolindo-se, conseqüentemente, a pena privativa de liberdade como punição principal (2002, pág. 336).

Na perspectiva da superação da pena privativa de liberdade, o problema mais difícil é, obviamente, o tipo de pena que irá substituí-la. *Auxilium nesta questão, como já tenho assinalado, as indicações provenientes da experiência das chamadas “medidas alternativas”: a prisão domiciliar, a limitação de fim de semana, a semiliberdade, a liberdade vigiada e outras semelhantes.* Da forma como estão colocadas atualmente, já se disse, estas medidas não são efetivamente “alternativas”, precisamente porque não excluem, mas integram a pena privativa de liberdade, no curso de cuja execução podem ser aplicadas de maneira inevitavelmente arbitrária e discriminatória. *Mas podem muito bem constituir, como ocorre em relação a algumas das atuais medidas de prevenção, uma alternativa à pena de prisão, se são elevadas à categoria de penas principais e como tais aplicadas pelo juiz no momento da condenação:* a longo prazo, para todos os delitos, mas, imediatamente, pelo menos para os menos graves, duas daquelas medidas – o confinamento e o desterro – já estavam previstas no Código Zanardelli de 1889 como penas principais junto às privativas de liberdade: *tentar-se-ia restabelecê-las para substituir estas últimas, inclusive para os delitos mais graves.* (Grifei)

Continua Ferrajoli (2002, pág. 336) que:

Se exigimos da pena uma função, ainda que não educativa, mas pelo menos não deseducativa nem criminógena, então será necessário reduzi-las, redimensiona-las, redefinindo legalmente seus conteúdos alternativos: *não esperando – como foi dito no item precedente – alterá-la na fase executiva, senão modificar sua duração e qualidade na fase legislativa e judicial.* (Grifei)

3.4 O QUE É O DIREITO PENAL MÍNIMO E O RACIONALISMO JURÍDICO? COMO CHEGOU NO BRASIL?

No Sistema Garantista, há uma série de princípios que servem para condicionar e limitar o alcance do Direito Penal, estipulando pressupostos objetivos para o legislativo e para o julgador sobre as regras do direito material penal, bem como para o processo penal, que visam limitar o arbítrio do estado no uso do poder punitivo. É como clarifica Ferrajoli (2002, p. 83) quando diz:

O modelo garantista descrito em SG (sistema garantista) apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer

imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de uma proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externos ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos. (...). *Por isso, o primeiro modelo (o garantista) pode ser identificado como o modelo do Estado de Direito, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especialmente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes).* (Grifei.)

É exatamente esse sistema de princípios que funcionam como garantias de limitação e vinculação ao Estado no uso do seu poder punitivo às leis materiais e processuais penais, visando-se evitar o arbítrio de juízes, que Ferrajoli chama de Direito Penal Mínimo, ou seja, Direito Penal totalmente enfraquecido diante das garantias do direito de liberdade do indivíduo.

Ferrajoli (2008, pág. 52), numa outra explicação mais simples feita, em artigo de sua autoria, do que é o Direito *Penal Mínimo*, diz que este é sinônimo de Garantismo Penal:

“Garantismo” e “Direito Penal mínimo” são, na verdade, termos sinónimos, designando ambos um modelo teórico e normativo de Direito Penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva — na previsão legal dos crimes, como no seu apuramento no âmbito judiciário — condicionando-a a limites rígidos para tutela dos direitos da pessoa. No que diz respeito ao crime, estes limites não são senão as garantias penais substanciais (...). No que diz respeito ao processo, eles correspondem às garantias processuais e de ordenamento (...).

Ferrajoli diz ainda que esse sistema de princípios, por limitar e condicionar ao máximo o alcance do Direito Punitivo oferecendo pressupostos claros e objetivos ao seu uso, torna o ordenamento penal racional:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. (2002, p. 84).

Racional, no sistema garantista, é o ordenamento que estipule critérios limitativos certos e determinados, que se respeitados, fundamentam a permissão de uma condenação penal e manterão ilesos todos os princípios garantistas que tutelam a liberdade do indivíduo.

Esses critérios concedem, portanto, discricionariedade ao juiz, concedendo-lhe o poder para limitar a intervenções punitivas do Estado, seja ao excluir ou ao minimizar a

atuação do Direito Penal, sempre que o processo penal motivar o julgador com argumentos cognitivos que lhes sejam seguros a fazer isso.

Esses argumentos cognitivos serão dados ao magistrado sempre que o processo acusatório traga alguma incerteza do cumprimento de todos os critérios garantistas cognitivos que, somente se cumpridos, permitem a responsabilização penal. A esse sistema onde o juiz tem muitos poderes interpretativos e valorativos contra a extensão do Direito Penal e em prol do réu, é dado o nome de racional e permitem o Direito Penal Mínimo como prática jurídica.

Para exemplificar melhor, Ferrajoli explica que no Direito Penal Mínimo, por ser racional, se descumprido ao menos um critério garantista a responsabilização penal já pode ser afastada ou atenuada pelo juiz, usando o Princípio do Favor Rei:

Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o *critério do favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções protestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos *pressupostos cognitivos da pena*. A este critério estão referenciadas instituições como a *presunção de inocência* do acusado até a sentença definitiva, o *ônus da prova a cargo da acusação*, o *princípio do in dubio pro reo*, a *absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática* e, por outro lado, a *analogia in bonam partem*, a *interpretação restritiva dos tipos penais* e a *extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes* em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros. (2002, p. 84) (Grifei)

O que se pode deduzir, desta explicação de Ferrajoli, é que no Direito Penal Mínimo gera-se um sistema de princípios, conforme retrocitados, interdependentes no processo penal. Quando um é violado, segundo alegação da defesa capaz de interferir na interpretação do magistrado, compromete-se todos ou quase todos os outros, permitindo ao juiz medidas potestativas que *visem corrigir* a violação e valorativas que *visem dimensionar* a violação, limitando ou excluindo o alcance da punição estatal.

Sabendo que isso gera desconfiâncias lógicas de impunidades para culpados que possam se aproveitar da “generosidade” dos princípios garantistas que resguardam o direito fundamental a liberdade dos indivíduos, no caso o infrator, de supostos arbítrios do poder punitivos, Ferrajoli justifica que:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A *certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.* (...) A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. (2002, p. 84).

O sistema garantista proposto por Ferrajoli é tão minimalista que para ele o sistema de garantias, apesar de todos o rol principiológico já existente, ainda se encontra em processo de construção e, assim, não deve haver a mínima garantia sobre o qual mesmo quando todos os requisitos que condicionam a condenação estejam cumpridos, segundo as regras do direito penal mínimo, ainda assim não pode ser considerado como certo achar que se deva existir aplicação da pena ao indivíduo infrator:

O mesmo modelo de responsabilidade penal do SG (sistema de garantias), que propusemos como modelo garantista, foi por nós concebido como um sistema logicamente aberto, quer dizer, suscetível de ser ulteriormente aperfeiçoado e reforçado no plano teórico e normativo pela inclusão de outras garantias. Por isso, não quisemos estabelecer como seu momento conclusivo o princípio segundo o qual, ao se darem conjuntamente todas as condições ou garantias do sistema, deve haver pena. (FERRAJOLI, 2002, p. 85)

Esse ordenamento penal proposto por Luigi Ferrajoli passou a ser debatido no Brasil no período entre o fim do ciclo do regime dos governos militares e o reinício da era dos governos civis, na década de 1980. Não é à toa que nossa “*Constituição Garantista*” foi promulgada em 1988, apesar da obra de Ferrajoli intitulada “*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*”, que influenciaria marcadamente o meio penalista pátrio, ter sido lançada na Itália em 1989.

Por aqui, a escola de Ferrajoli já tinha muitos adeptos no campo político-jurídico que confeccionariam nossa Constituição Federal.

Quanto à hegemonia dessa corrente (garantista) no Brasil, algo que tem marco histórico com uma reunião de magistrados no Sul em 1986, idealizando “a resistência política revolucionária em que a Justiça fosse uma força ativa na luta de classes, através de uma hermenêutica constitucional visando ao que alardeavam ser ‘um direito melhor e mais justo’ (BERLANZA, 2018).

Todavia, apesar do sistema de garantias proposto por Ferrajoli ser introduzido no ordenamento penal brasileiro com status de normas constitucionais fundamentais, conforme sua pregação, a crítica contrária majoritária ao Garantismo Penal efetuado no país reside no sentido de que, quando há casos públicos e notórios de impunidade por conta de manobras jurídicas que se fundam justamente nas regras garantistas do réu, deve-se ao fato de que, no Brasil, “o Garantismo Penal tem o uso deturpado por grandes bancas advocatícias ou por conta de operadores da justiça que levam às consequências extremas as regras do sistema garantista”.

A respeito disso, vale citar a opinião da procuradora do MP/RS Júlia Schütt (2018), fundada na obra “Garantismo e Barbárie” do penalista Gilberto Callado, em artigo de sua autoria:

Quem, ao imputar à aplicação da teoria do garantismo penal parcela de responsabilidade pelo estado de impunidade em que o Brasil se encontra, não foi imediatamente repreendido com a interjeição de terceiro interlocutor sustentando que a “*Escola de Ferrajoli*”, quando importada a nosso país, teria sido consideravelmente distorcida pelos “*nossos penalistas*” tendentes ao abolicionismo penal? *Gilberto Callado de Oliveira, em sua brilhante obra “Garantismo e Barbárie”, desmente a crença de distorção da teoria do garantismo penal de Ferrajoli quando de sua recepção em território nacional. O autor destaca que, para “a filosofia garantista, a finalidade do direito penal, como direito sancionador, é precisamente proteger os direitos fundamentais, não daquelas pessoas que tiverem seus direitos violados ou ameaçados pelo crime, mas dos violadores ou ameaçadores desses direitos, que, de vilões, se transfiguram por quimeras argumentativas em oprimidos, em mártires do despotismo processual”.* O renomado autor analisa as raízes do garantismo e reflete sobre suas nefastas consequências quando utilizado como base teórica a sustentar interpretações do nosso sistema penal e processual penal. (Grifei)

A julgar pela sua análise, para a operadora do direito, embasada pelo livro do jurista Callado, busca-se, no Brasil, copiar fielmente a proposta garantista do Direito Penal Mínimo, bem como do Abolicionismo Penal, propostos por Ferrajoli e, sob essa perspectiva, não há deturpação alguma.

3.4.1 Breve análise sobre o princípio do Favor Rei

Apesar de já brevemente citado, faz-se interessante analisar mais profundamente tal princípio.

Sendo um dos desdobramentos do princípio *do Indubio Pro Reo*, porém de caráter mais geral, o princípio do *Favor Rei* reside na hermenêutica (ou interpretação jurídica) sobre determinados institutos que contido na letra da lei capazes de agravar a situação do réu.

Ele propicia que ao gerar-se dúvidas razoáveis sobre a aplicação menos gravosa de tais institutos deve-se, então, ser usado sempre a interpretação que gere a aplicação da forma mais benéfica possível ao réu, resguardando-se o sistema de garantias da pessoa humana. No Brasil, há um uso demasiado desse princípio em relação a como deve ser o melhor entendimento e aplicação de normas processuais em prol do acusado.

Se, por exemplo, surge-se dúvida razoável sobre qual a melhor técnica de interpretação a ser dada sobre uma determinada norma processual em relação ao réu, se é a

interpretação puramente literal, que desconsidera os demais aspectos e fins da lei, ou se é a *interpretação sistemática teleológica*, seu oposto, o juiz deverá, conseqüentemente, descartar a interpretação que, segundo questionamento razoável levantado pela defesa, for mais severa e usar a outra técnica hermenêutica que possa gerar benefícios.

Assim, pode-se dizer que tem a defesa um poder contumaz de sempre poder gerar dúvidas no convencimento do juiz, mas fora dos elementos necessários para uma convicção condenatória (razão de ser do *In Dubio Pro Reo*) e sim sobre qual instituto mais brando deve ser aplicado ao réu, uma vez já formada tal convicção, no intuito de se abrandar em demasia a punição criminal.

O uso do *Favor Rei* alarga o *In Dubio Pro Reo* e o expande para além dos elementos de convicção, apresentado pela acusação, capazes de fundamentar a condenação, colocando-o fortemente no campo da hermenêutica jurídica, onde, havendo confrontos razoáveis de interpretações entre normas processuais, deve-se aplicar a menos gravosa ao réu.

E assim a doutrina jurídica-penal brasileira tem aderido a esse modo de uso do *Favor Rei*, como explica Rangel, ao trata-lo como: “*Expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao jus libertatis do acusado*” (2008, pág. 38). (Grifei)

Na mesma linha, Nusci (2007, pág. 80) diz que: “*Quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário*”. (Grifei)

Nestor Távora exemplifica um uso do *Favor Rei*, ao comentar que o art. 613, do CPP, prevê que seja adotada ao réu a decisão mais favorável para os casos de empates em órgãos colegiados que decidam sobre recursos após a votação do presidente, advogando que por meio da técnica hermenêutica da *analogia* pode-se estender esse dispositivo para votações de colegiados em outras hipóteses que não seja só o recurso:

Fundado no princípio do favor rei, o CPP aderiu à ideia de que o empate na votação conduz à prevalência da decisão mais benéfica ao réu. Isto ocorre quando, mesmo após o voto do presidente do órgão colegiado (Câmara, Turma, Seção, grupo de Câmara, etc.) houve empate. Se o empate for anterior ao voto do presidente, este deverá, de forma excepcional, votar. *Embora o dispositivo legal se refira ao empate no julgamento de recursos, nada obsta que o mesmo raciocínio seja estendido a outras hipóteses, a exemplo do julgamento da revisão criminal (ação autônoma de impugnação) ou mesmo em sede de ação penal originária. Nestes casos, dever-se-á recorrer ao instituto da analogia, autorizado pelo art. 3º do CPP (TÁVORA, 2016, p. 812).* (Grifei).

Como se ver, trata-se do uso do Favor Rei para criar dúvidas interpretativas na norma do art. 613 do CPP com o intuito de favorecer o acusado fora do âmbito de suas hipóteses, permitindo ao condenado se valer da decisão colegiada mais favorável em quaisquer situações. O Favor Rei, portanto, se mostra como um bom exemplo para que seja mostrado que, no Brasil, o Garantismo Penal foi abraçado pelo meio penalista, possivelmente, não como uma deturpação da finalidade proposta inicialmente por Luigi Ferrajoli, mas sim com um esforço produtivo que visa sua fiel aplicação.

4 HÁ EXEMPLOS CONCRETOS, NO ORDENAMENTO PENAL, DE INSTITUTOS INFLUENCIADOS PELA CULTURA GARANTISTA QUE CORROBOREM COM A TESE DE QUE ELA IMPACTA NEGATIVAMENTE A PRESTAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL E IMPULSIONA OS ÍNDICES DELITIVOS?

Neste capítulo, serão abordados alguns institutos jurídicos como: princípios; jurisprudências; e normas legais; que foram introduzidos no ordenamento penal brasileiro por fortes influências do Garantismo Penal.

Algumas consequências serão especuladas e ajudarão na investigação deste trabalho se de fato o Garantismo Penal tem agido, ainda que potencialmente em favor da construção dos nossos índices criminais negativos.

Serão eles: o Princípio da Co-culpabilidade Social do Delito; a jurisprudência do Supremo sobre a Progressão da Pena e vedação a obrigatoriedade do cumprimento inicial da pena em regime fechado nos casos de Crimes Hediondos e Equiparados; por fim, a implantação pelo CNJ, portanto através de vias administrativas, da Audiência de Custódia e seu impacto na segurança pública, este um dever do Estado e direito fundamental da população.

4.1 O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE SOCIAL DO DELITO E O GARANTISMO PENAL

Como citado à página 37, Luigi Ferrajoli deixa claro que o sistema principiológico de garantias penais, proposto por ele, estava aberto a inserção de outros princípios que pudessem reforçar os objetivos do garantismo penal, que é construir o Direito Penal Mínimo e Racional contra o arbítrio punitivo do Estado.

Com base nisso, princípios controversos foram introduzidos no ordenamento penal brasileiro, ainda que por um breve período, sendo um deles o Princípio da Co-culpabilidade Social do Delito, teoria que tem como principal propulsor o jurista Zaffaroni.

A Co-culpabilidade Social do Delito, basicamente consiste em culpar o Estado por não ter oferecido condições socioeconômicas mínimas ao cidadão que, por conta disso, é influenciado a cometer delitos, seja qual for a natureza dele.

Como o Estado é sustentado financeiramente por tributos, extraídos do seu povo, então, nos fins das contas, o povo ou toda a sociedade acaba sendo responsabilizada. O princípio já foi tão bem visto no meio acadêmico, que doutrinadores como Greco demonstrou filiação ao explicar a razão de ser do princípio:

A teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus supostos cidadãos. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso da bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade (2002, pág. 469).

Como será demonstrado, atualmente, as jurisprudências dos tribunais andam rejeitando a aplicação desse princípio, o que não impede que bancas de advocacia continuem tentando viabilizá-lo no Brasil.

A tentativa de emplacar mais esse princípio que garantiria ao réu um abrandamento no seu julgamento por delitos cometidos e ainda culparia a sociedade, por meio do Estado, por seu crime, gera uma suspeita preocupante pois evidencia o que Pessi chamou de culto ao bandido ou *bandidolatria*, ao dizer que:

A experiência mostra que a “bandidolatria”, tão bem definida pelo Juiz da Alçada paulista, é a mentalidade hegemônica junto à oligarquia acadêmica, político-burocrática e jurídica do país, verdadeira bússola quebrada a guiar a elaboração e aplicação de leis e ações levadas a efeito em matéria de segurança pública. Veja-se, por exemplo, a chamada teoria da “co-culpabilidade da sociedade”. Essa metonímia pueril, que deveria ser fulminada “in limine”, (...), recebeu calorosa acolhida no meio doutrinário e chegou a gozar de certo prestígio em algumas Cortes criminais, sem que qualquer de seus adeptos ousasse questionar: se o indivíduo de carne e osso, mentalmente são, não é inteiramente responsável pelo crime que praticou, como pode a sociedade (recorte abstrativo de um grupo de indivíduos, incapaz de executar qualquer ato concreto) ser co-responsabilizada? É óbvio que teorias dessa ordem escondem, sob um verniz de pseudo-sofisticação e preocupação humanitária, o mais autêntico barbarismo. (2017, pág. 37).

As tentativas de introduzir no nosso ordenamento esse princípio foram várias, primeiro tentaram dar status de *princípio constitucional implícito* decorrentes de uma combinação de princípios constitucionais expressos, alguns de cunho garantistas, como o da *Dignidade Humana* (já que a falta de assistência estatal fere a dignidade do infrator), o da *Individualização da Pena* (o conhecimento pelo julgador da precária situação socioeconômica do réu seria levando em conta na dosimetria da pena) além deles, outros como o da *igualdade* (a falta de assistência material do estado condiciona o infrator a delinquência). Enfim, da união deles, surgiria a *Co-culpabilidade Social* do Delito.

Na prática, as opções para se introduzir esse princípio no Código Penal brasileiro foram várias (mostrando a euforia dos adeptos), que, como explica Moura, poderia sido positivado:

Como circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal; como atenuante genérica prevista no art. 65 do Código Penal; como causa de diminuição de pena prevista na Parte Geral do Código Penal, sendo um parágrafo do art. 29; como causa de exclusão da culpabilidade prevista no art. 29 do Código Penal (2016, p. 93).

Como se ver, até como exclusão da culpabilidade foi cogitado introduzir essa teoria decorrente de combinações principiológicas forçadas no ordenamento brasileiro.

Hodiernamente, apesar de vários serem as petições nos tribunais para ser aceito o princípio da Co-culpabilidade, hora como atenuante genérica, hora como causa de diminuição inominada, sendo todos recusados, no histórico de nossa jurisprudência nacional ele já foi aceito, inclusive em crimes de natureza hedionda:

Ementa: Embargos Infringentes. *Tentativa de estupro. Fixação da pena. Agente que vive de biscates, solteiro, com dificuldades para satisfazer a concupiscência, altamente vulnerável à prática de delitos ocasionais. Maior a vulnerabilidade social, menor a culpabilidade.* Teoria da co-culpabilidade (Zaffaroni). Prevalência do voto vencido, na fixação da pena-base mínima. Regime carcerário inicial. Embargos acolhidos por maioria. (Embargos infringentes nº 70000792358, Quarto Grupo de Câmeras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 28/4/2000). (Grifei)

A recusa ao pedido tem sido na linha de como decidiu o TJ/MG:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO SIMPLES – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL COMPROVADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – VALIDADE – (...) RECONHECIMENTO DA CO-CUPABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE (...) III – A co-culpabilidade é impossível de ser reconhecida quando inexistem elementos probantes da forçada e extremada pobreza do acusado, imposta pela sociedade injusta que lhe sonegou oportunidades sociais, econômicas e políticas de ser um cidadão livre para obedecer ao Direito (...). Recurso parcialmente provido. (Apelação Criminal APR nº 10024061192902001, Quarta Câmara Criminal, TJ/MG, Relator Eduardo Brum, julgado em 29/05/2013) – USO DE DOCUMENTO FALSO – materialidade da falsificação comprovada por laudo – prova oral indica que a parte acusada apresentou o documento. Autoria – confissão judicial roborada pelo depoimento dos policiais. *PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE – não*

reconhecimento – a baixa instrução e a pouca compreensão não querem dizer em absoluto que seja o réu mais vulnerável – (...). (TJ-SP – APL: 00070393720138260408 SP 0007039-37.2013.8.26.0408, Relator: Lauro Mens de Mello, Data de Julgamento: 31/01/2019, 6ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 07/02/2019) (grifei).

Apesar de estar sendo recusada nas jurisprudências dos tribunais, isso não impede que os réus continuem recorrendo esse princípio para escapar de uma condenação mais severa ou até mesmo para ter a culpabilidade afastada do delito praticado e, conseqüentemente, não serem responsabilizados.

Advirta-se, inclusive, que nada impede que futuramente esse princípio volte a ser adotado, desta vez em larga escala, como já foi num passado recente por alguns magistrados.

4.2 AS JURISPRUDÊNCIAS DO SUPREMO QUE TORNARAM, POR DUAS VEZES, INCONSTITUCIONAL O ART. 1º, §2º, DA LEI 9.072/1990 E O GARANTISMO

Considerada atitude controversa pelo judiciário brasileiro e fortemente influenciada pelo Garantismo Penal, desta vez protagonizada pela mais alta Corte de justiça do país, o Supremo Tribunal Federal – STF, foi a questão da *flexibilização do cumprimento inicialmente em Regime Fechado da pena* para a possibilidade de ser em qualquer dos três regimes previstos no CPB e a *vedação do cumprimento integral da pena em regime fechado*, ambos os casos para os Crimes Hediondos previstos na Lei 8.072/1990 e os equiparados por força de previsão no art. 5º da CF/88.

O artigo 2º, §1º, da lei retro previa que, para o rol de delitos elencados como tais, bem como aos equiparados por força constitucional, fosse determinado o cumprimento da pena de Reclusão em *regime inicialmente fechado*, independentemente da sua quantidade e do perfil subjetivo do réu condenado. Assim, não havia qualquer discricionariedade ao magistrado para a fixação do regime inicial da pena.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao ser requerido sobre o assunto, declarou a inconstitucionalidade desta regra com base no princípio da *Individualização da Pena* e no *princípio da Proporcionalidade*, conforme o entendimento noticiado no Informativo 672, do STF, sobre o julgamento do HC 111.840/ES, cujo relator foi o Min. Dias Toffoli, no ano de 2012:

Em seguida, o Plenário iniciou julgamento de habeas corpus em que também se debate a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90. No caso, o crime de tráfico perpetrado pelo paciente, que resultara em reprimenda inferior a oito anos de

reclusão, ocorrera na vigência da Lei 11.464/2007, *que instituía a obrigatoriedade de imposição de regime de pena inicialmente fechado a crimes hediondos e assemelhados*. O Min. Dias Toffoli, acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, concedeu a ordem, para alterar o regime inicial de pena para o semiaberto. *Incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, na parte em que contida a obrigatoriedade de fixação de regime fechado para início de cumprimento de reprimenda aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados. Inicialmente, o relator destacou que o juízo de piso, em análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, estabelecera a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, no total de seis anos de reclusão e 600 dias-multa. Ademais, fixara regime inicial fechado exclusivamente com fundamento na lei em vigor. Observou que não teriam sido referidos requisitos subjetivos desfavoráveis ao paciente, considerado tecnicamente primário. Assim, entendeu desnecessário o revolvimento fático-probatório para concluir-se pela possibilidade da pretendida fixação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena* (STF.JUS, 2012). (Grifei)

Mas, paradoxalmente, o mesmo STF, já em relação ao §7º, do artigo 1º, da Lei 9.455/1997 – que define os Crimes de Tortura – reconheceu a constitucionalidade na *imposição do regime inicialmente fechado* para o Crime de Tortura no julgamento do HC 123.316/SE, conforme Informativo 789 do ano de 2015:

O condenado por crime de tortura iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, nos termos do disposto no § 7º do art. 1º da Lei 9.455/1997 - Lei de Tortura. Com base nessa orientação, a Primeira Turma denegou pedido formulado em “habeas corpus”, no qual se pretendia o reconhecimento de constrangimento ilegal consubstanciado na fixação, em sentença penal transitada em julgado, do cumprimento das penas impostas aos pacientes em regime inicialmente fechado. *Alegavam os impetrantes a ocorrência de violação ao princípio da individualização da pena, uma vez que desrespeitados os artigos 33, § 3º, e 59 do CP. Apontavam a existência de similitude entre o disposto no artigo 1º, § 7º, da Lei de Tortura e o previsto no art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, dispositivo legal que já teria sido declarado inconstitucional pelo STF no julgamento do HC 111.840/ES (DJe de 17.12.2013). Salientavam, por fim, afronta ao Enunciado 719 da Súmula do STF. O Ministro Marco Aurélio (relator) denegou a ordem. Considerou que, no caso, a dosimetria e o regime inicial de cumprimento das penas fixadas atenderiam aos ditames legais. Asseverou não caber articular com a Lei de Crimes Hediondos, pois a regência específica (Lei 9.455/1997) prevê expressamente que o condenado por crime de tortura iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, o que não se confundiria com a imposição de regime de cumprimento da pena integralmente fechado. Assinalou que o legislador ordinário, em consonância com a CF/1988, teria feito uma opção válida, ao prever que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução da pena, ainda que fixada no mínimo legal, deveria ser cumprida inicialmente em regime fechado, sem prejuízo de posterior progressão. Os Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam o relator, com a ressalva de seus entendimentos pessoais no sentido do não conhecimento do “writ”. O Ministro Luiz Fux, não obstante, entender que o presente “habeas corpus” faria as vezes de revisão criminal, ante o trânsito em julgado da decisão impugnada, acompanhou o relator* (STF.JUS, 2015). (Grifei)

O STF, no uso do princípio garantista da Individualização da Pena e no da Proporcionalidade, acabou por *dar tratamento diferenciado* para crimes que, por força do artigo 5º, XLVI, da CF/88, tem status de *equiparação aos hediondos*, quanto ao regime inicial de cumprimento da pena de Reclusão.

Mas, com certeza, bem mais controverso foi o que ocorreu no ano de 2006 por parte da Suprema Corte, quando fora declarado inconstitucional o §1º, do artigo 2º, da Lei dos Crimes Hediondos quanto a parte do dispositivo que constava “*que a pena privativa de liberdade imposta pela prática de qualquer crime hediondo ou dos equiparados* (art. 5º, XLVI, da CF/88), deveria ser *cumprida em regime integralmente fechada*”. Era, portanto, uma exceção no sistema progressivo quanto ao cumprimento da pena, pois não havia possibilidade do condenado passar para regime mais brando que o regime fechado, iniciando e encerrando a pena em tal regime.

Todavia, conforme já mencionado, 09 anos antes, em 1997, entra em vigor a Lei 9.455 ou Lei do Crime de Tortura, cujo artigo 1º, §7º, previa a *imposição inicial do regime fechado* para a prática da tortura, permitindo-se, porém, a *progressão de regime*. Estava dado, assim, um conflito no entre normas legais, pois houve tratamento diferenciado para um só crime dos definidos como equiparados aos hediondos pela CF/88, por parte do legislador ordinário.

A consequência, foi que a *inconstitucionalidade da proibição da progressão da pena* para os crimes hediondos, bem como os de tortura e o tráfico de drogas, que já vinha sendo requerida, ganhou um importante reforço, com a Lei dos Crimes de Tortura, já que a própria CF/88 determinou tratamento igual aos delitos equiparados a hediondo pelo legislador ordinário em seu art. 5º, XLVI.

Para dirimir o conflito, a Suprema Corte, surpreendentemente editou a Súmula 698, aprovada em sessão plenária no ano de 2003, a qual enunciava: “*Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura*”.

Para a Suprema Corte, a Tortura gozava de regra específica (*progressão*), os demais crimes hediondos e equiparados não (*regime integralmente fechado*), fazendo-se uso do princípio da *Especialidade da Norma*.

Porém, apenas 03 anos mais tarde, no ano de 2006, a questão sofreu uma reviravolta radical, quando a Suprema Corte, no julgamento do HC 82.959-SP, cujo relator era o Min. Marco Aurélio, mudou seu entendimento sobre a matéria e declarou a *inconstitucionalidade* do artigo 2º, §1º da Lei dos Crimes Hediondos, quanto a vedação da progressão da pena, alegando que tal norma “*ao instituir um regime-padrão, violava o princípio constitucional da individualização da pena*”.

A consequência desta decisão questionável do STF, conforme Masson (2016, pág. 646), foi que:

Criou-se, destarte, um impasse. Com efeito, se o regime integralmente fechado para crimes hediondos e equiparados era inconstitucional, os condenados por tais delitos teriam direito a progressão, desde que respeitados os requisitos exigidos pelo art. 112, caput, da Lei de Execução Penal: Cumprimento de ao menos 1/6 da pena no regime anterior e mérito. *Mas, então, o que tais crimes teriam de hediondo, se estavam na mesma vala dos crimes comuns?* (Grifei).

Como o Poder Judiciário não pode “legislar” sobre matéria penal, devido a Reserva Legal, ao *declarar inconstitucional a exigência do cumprimento em regime integralmente fechado nos crimes hediondos, de terrorismo e tráfico de drogas*, permitindo a progressão da pena para tais delitos, deixou-se uma lacuna no tocante aos critérios objetivos temporais do *quantum* de pena que deveria ser cumprido pelo preso para que este fizesse jus a progressão de regime.

A solução encontrada, curiosamente, foi a de aplicar as regras do artigo 112 da LEP, que prevê a fração a cumprir pelo apenado de 1/6 da pena para poder requerer a progressão.

O STF, portanto, com sua decisão, forçou que o ordenamento penal brasileiro desse aos crimes hediondos e equiparados o mesmo tratamento dispensado aos crimes comuns, no tocante a rigidez do cumprimento da pena. Isso, segundo Masson (2016, pág. 647), virou um sério problema, pois:

O regime integralmente fechado foi declarado inconstitucional, e, conseqüentemente, inaplicável. Restava, pois, dispensar aos crimes hediondos e assemelhados o tratamento reservado aos crimes comuns, o que era inaceitável por contrariar o espírito da Constituição Federal.

Para salvaguardar um princípio garantista, a Individualização da Pena, o STF, pelos que se nota, acabou criando um desrespeito à Constituição, quando a mesma permitiu tratamento diferenciados (comum) aos crimes hediondos e equiparados, em desconformidade com o artigo 5º, XLVI, que dispensa tratamento incomum, rígido, nos delitos lá previstos.

Porém, a solução parcial veio rápida, e em 2007 o Congresso Nacional editou a Lei 11.464/07, que alterou a redação do artigo 1º, §2º, da Lei dos Crimes Hediondos e Equiparados, e estabeleceu que então a pena seria cumprida “*em regime inicialmente fechado*”, e estabeleceu, em seguida, frações de 2/5 para réu primário e de 3/5 para reincidentes, como quantum de cumprimento da pena para poder requerer a progressão de regime.

Todavia, a vigência da lei retro provocaria nova polêmica, mais uma vez protagonizada pelo STF, conforme noticiado no informativo 484, do ano de 2007, sobre o julgamento do HC 91.631/SP de relatoria da Min. Carmem Lúcia:

Considerada a garantia da irretroatividade da norma penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL e CP, art. 2º), os critérios de progressão de regime estabelecidos pela Lei 11.464/2007 somente se aplicam aos fatos ocorridos a partir de 29.3.2007. Com base nesse entendimento, a Turma deferiu, de ofício, habeas corpus para que o juízo das execuções criminais aprecie novamente o pleito de progressão de regime formulado pelo paciente, como entender de direito, mas observando os critérios de progressão estabelecidos no Código Penal e na Lei de Execução Penal - LEP, vigentes à época da prática criminosa. Preliminarmente, tendo em conta a deficiência na instrução, a Turma não conheceu de writ impetrado contra acórdão do STJ que julgara prejudicada, ante a perda de objeto, idêntica medida ao fundamento de que o tribunal de origem afastara o óbice à progressão de regime prisional imposto ao paciente, condenado pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 6.368/76, art. 12).

Portanto, as novas regras de frações de cumprimento de pena, trazida pela Lei 11.464/07, aparentemente benéfica ao condenado, foi considerada mais gravosa pela jurisprudência do STF.

Apesar dessa decisão do Supremo ter sido proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, portanto, com eficácia *inter partes* no ano de 2007, já é pacífico, hodiernamente, o entendimento de que a progressão com 2/5 ou 3/5 da pena tem aplicação somente aos crimes hediondos e equiparados cometidos a partir do ano de 2007. Já para os delitos anteriores, a progressão obedece ao requisito temporal de cumprimento de 1/6 da pena, fundado no art. 112, da Lei de Execução Penal, que trata do quantum de progressão para os crimes comuns.

Tanto que o STF já pacificou qualquer embate doutrinário ou jurisprudencial sobre o tema ao editar e publicar a Súmula Vinculante nº 26, no ano de 2009, cujo enunciado diz:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

O mais surpreendente disso tudo, é notar que todos os indivíduos que cometeram crimes hediondos ou equiparados, desde a vigência da Lei 8.072 em 1990 até o ano de 2006 adquiriram o direito de progressão de regime como se tivessem cometido um delito comum. São pessoas que cometeram assassinatos qualificados, estupro, tráfico de drogas, terrorismo,

etc., e que acabaram por ser tratados, contra a vontade da CF/1988, como delinquentes comuns e puderam voltar às ruas muito mais cedo do que realmente deveriam.

Coincidência ou não, ao observar-se os números do *gráfico 01*, à fl. 12, sobre o *histórico das taxas de homicídio* no Brasil, nota-se que as taxas vinham estáveis ano de 2006, mas a partir de 2007 voltam a subir sem nova tendência de queda. Já o *gráfico 02*, à fl. 13, sobre o *histórico de números absolutos de homicídios* no país, também mostra que a partir do ano de 2007 há uma evolução no número de homicídio que salta de 48 mil em 2007 para 51 mil em 2008, com forte tendência de subidas nos anos seguintes.

Também se observa, por fim, no *gráfico 05*, à fl. 16, sobre o *histórico dos números absolutos de homicídios por armas de fogo*, que de 2007 por diante há uma evolução sensível de 34 mil homicídios nesse ano para 40 mil já em 2012, apenas 05 anos depois. Nota-se nesses mesmos gráficos que, a partir de 2012, há evoluções sensíveis.

Nos gráficos 02 e 05, ver-se que a curva que já vinha com forte ascensão de 2011 para 2012, se sustentam 2013 e evoluem com fortemente nos três anos seguintes. No gráfico 01, de 2011 para 2012 há uma evolução que notoriamente se sustenta e evolui de 2013 a 2014, chegando a 30/100 mil habitantes.

Desse modo, fica *evidenciado* um possível impacto negativo nos índices delitivos do país, a partir do ano de 2007 e 2012, gerados ou potencializados, possivelmente, por essas jurisprudências da Suprema Corte.

Ao declarar inconstitucional a *vedação de progressão do cumprimento da pena* para os delitos hediondos e equiparados, bem como ao estabelecer o *critério temporal de 1/6* da pena como fração a ser cumprida para fins de direito à progressão para os condenados por delitos hediondos, de 1990 a 2006, tratou como criminoso comum bandidos hediondos, terroristas e traficantes de drogas, levando-os de volta às ruas e trazendo uma inevitável sensação, para eles, de impunidade.

De forma semelhante, em 2012, ao declarar inconstitucional, novamente, o art. 1º, §2º, da lei 9.072/90 – Dos crimes Hediondos e Equiparados, na parte que obrigava os condenados por crimes hediondos a cumprirem suas penas privativas de liberdade *inicialmente em regime fechado*, também, neste aspecto, tratou os criminosos hediondos, terroristas e traficantes de drogas, como bandidos comuns, facilitando mais cedo os seus retornos à sociedade, mediante imposição de penas menos rígidas como o regime semiaberto e até mesmo o regime aberto e, conseqüentemente, estimulando a sensação de impunidade a esta que é a classe criminosa mais repulsiva da sociedade, possivelmente e, com toda a

evidência, impactando negativamente os índices e números delitivos nos gráficos retromencionados, gerando-os ou potencializando-os.

4.3 O GARANTISMO E A COMPLEXA QUESTÃO ENVOLVENDO A IMPLANTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA, A SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES E O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

Este tópico, devido à complexidade que o tema requer, será analisado em pormenores, sendo de crucial desfecho no desvendar do objetivo geral deste trabalho científico que é coletar evidências de que o Garantismo Penal, proposto por Ferrajoli, tem influenciado institutos jurídicos e interferido negativamente nas taxas negativas de crimes violentos no Brasil.

4.3.1 A imperiosa e consagrada separação funcional dos poderes e a forma de implantação das audiências de custódia no Brasil: Houve sobreposição?

O primeiro grande pensador a identificar as três principais funções de um Estado, hoje conhecidas como poder, foi o filósofo da Grécia Antiga *Aristóteles*, que em sua obra clássica “*Política*” pregou que (2001, pág. 75):

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. *Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.* O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição. (Grifei).

Como é de se imaginar, *Aristóteles*, que viveu três séculos antes de Cristo, pregava que esses três poderes deveriam estar contidos nas mãos de um rei, um soberano, que se bem acomodassem-nos em suas mãos, seu governo iria bem.

Acontece que *Aristóteles*, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder “incontrastável de mando”, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação das leis. (...). Desta forma, *Aristóteles* contribuiu no sentido de identificar o exercício de três funções estatais distintas, apesar de exercidas por um único órgão (LENZA, 2016, pág. 593).

Foi Montesquieu, na sua obra “*O Espírito Das Leis*”, que defendeu a necessidade de descentralizar tais funções ou poderes da figura centralizadora do soberano, déspota, para três órgãos estatais distintos, que, de forma independentes e harmônicos entre si, operariam as funções legislativas, executivas e judiciárias, conforme adverte o próprio Montesquieu (2002, pág. 168) sobre tal necessidade: “*Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares*”. (Grifei).

Nas lições de Lenza (2016, pág. 594) sobre a tripartição dos poderes:

Essa teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos, como as revoluções americanas e francesa, caracterizando-se, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16 como verdadeiro dogma constitucional. *De acordo com essa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se percebiam no absolutismo.* (Grifei)

A finalidade de se ter a divisão funcional do poder, ou sua “tripartição”, se deve ao objetivo fundamental de preservar as liberdades individuais da tendência absolutista da concentração do poder político. Ao distribuir as funções, visa-se, portanto, garantir o equilíbrio político que evite, ou ao menos minimize, o abuso de poder por um dos órgãos incumbidos de exercer tais “*funções de poder*”.

Dimitri apud Lenza (2016, pág. 594), complementa que:

O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexo causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos.

Por fim, faz-se muito importante mostrar a própria crítica de Montesquieu (2002, pág. 168) sobre a necessidade da função judiciária não se unir com as outras, na divisão funcional típica dos poderes, principalmente com o poder de legislar, sob consequência do judiciário se tornar um poder arbitrário, fazendo inexistente a liberdade do Estado.

Tampouco existe liberdade se o *poder de julgar* não for separado do poder legislativo e do executivo. *Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.* (Grifei)

Uma vez estabelecida que a divisão funcional dos poderes foi uma forma de se conter o arbítrio político no Estado liberal moderno, resta-se agora adentrar na problemática da forma como foi implantada as *audiências de custódia* no país: *Se se caracteriza como uma demonstração de sobreposição e arbítrio por parte do poder judiciário brasileiro, ao usurpar sua função de poder e avocar a si a função privativa de legislar do Congresso Nacional. Se há, com isso, quebra da harmonia entre os dois poderes.*

Primeiramente, faz-se importante explicar o que são as audiências de custódia. Lenza (2016, pág. 1.237), ao defini-las, sumariamente, diz que:

As chamadas “audiências de custódia” (ou de apresentação) caracterizam-se como procedimento pelo qual toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão

Significa dizer que as circunstâncias da prisão serão analisadas por um juiz que vai decidir, conforme artigo 8º, §1º, da Resolução 213/2015 do CNJ, pelo relaxamento da prisão, pela concessão de liberdade provisória sem ou com imposição de medida cautelar, com arquivamento do inquérito policial, sendo a pessoa presa posta imediatamente em liberdade mediante expedição de alvará de soltura (Art. 8º, § 5º.), pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ou, por fim, pela adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Contudo, a efetivação dessas *audiências*, no direito interno, deu-se não por iniciativa do Poder Legislativo, mas sim através de um esforço hermenêutico do Poder Judiciário através do STF e sua regulação em âmbito nacional por ato administrativo do CNJ – *Resolução 213/2015*, que inovou no ordenamento penal.

Este fato causa espanto, pois mesmo sendo órgão de cúpula administrativo do judiciário do país, o CNJ, por óbvio, não pode legislar, sobretudo em matéria envolvendo processo penal.

Contudo, as *audiências de custódia* remontam suas previsões, no direito interno brasileiro, ao artigo 7º, item 5, da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, internalizada no Brasil através do *Decreto 678/92*.

Como o STF já fixou o entendimento de que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados sem as formalidades do artigo 5º, §3º, tem natureza de norma supralegal, isto é, pairam entre a Constituição Federal e as leis

infraconstitucionais, por isso, toda norma abaixo da Constituição em sentido contrário encontra-se com sua eficácia paralisada.

O artigo 7º, item 5, retro, diz que:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (Grifei)

A menção do artigo 7º, item 5, faz-se de suma importância, pois o argumento do CNJ, quando do expediente da edição e publicação da Resolução 213/2015, é de que não está inovando na ordem jurídica, como se legislando estivesse, mas sim de que apenas está uniformizando administrativamente a efetivação de uma garantia prevista em convenção internacional, incorporada ao ordenamento brasileiro, cuja implantação já vinha sendo feita em vários estados do país, conforme mostra o julgamento da ADI 5.240, antes mesmo das audiências de custódia ser estendidas, posteriormente, de forma obrigatória para todo o Brasil, por decisão do STF, em outra ação: ADPF 347.

É preciso entender que as audiências de custódia surgem no país primeiramente no estado de São Paulo, como um projeto piloto que convergia esforços do CNJ, Ministério Da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, lançou o projeto Audiência de Custódia, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso (CNJ, 2015).

Posteriormente, na ocasião do julgamento da ADI 5.240, em 20.08.2015, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – Adepol/Brasil, conforme notícia a seguir extraída da imprensa oficial do Supremo:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente, por maioria de votos, na sessão desta quinta-feira (20), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240) em que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) questionava a realização das chamadas “audiências de custódia” (ou de apresentação), procedimento por meio do qual uma pessoa detida em flagrante deve ser apresentada ao juiz em até 24 horas. A ação questionava provimento conjunto do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e da Corregedoria Geral da Justiça do estado que trata do procedimento e, segundo entendimento dos ministros do STF, o procedimento apenas disciplinou normas vigentes, não tendo havido qualquer inovação no ordenamento jurídico, já que o direito fundamental do preso de ser levado sem demora à presença do juiz está previsto na Convenção Americana dos Direitos do Homem, internalizada no Brasil desde 1992, bem como em dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro. Na ação, a Adepol afirmou que a audiência de custódia somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por

intermédio de tal provimento autônomo, já que a competência para legislar sobre a matéria é da União, por meio do Congresso Nacional. Além disso, segundo a entidade, a norma repercutiu diretamente nos interesses institucionais dos delegados de polícia, cujas atribuições são determinadas pela Constituição (artigo 144, parágrafos 4º e 6º). Mas, de acordo com o relator da ADI, ministro Luiz Fux, *o provimento questionado não regulou normas de Direito nem interferiu na competência de outros Poderes, na medida em que apenas promoveu atos de autogestão do tribunal, estipulando comandos de mera organização administrativa interna.* (...). “Não é por acaso que o Código de Processo Penal brasileiro consagra a regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, no seu artigo 656, segundo o qual, recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em data e hora que designar. Verifico aqui que não houve, por parte da portaria do Tribunal de Justiça, nenhuma extrapolação daquilo que já consta da Convenção Americana, que é ordem supralegal, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica dos seus dispositivos”, afirmou o ministro Luiz Fux em seu voto. (...). *As audiências já estão sendo realizadas em 12 unidades da Federação e, segundo o ministro Lewandowski, até o final do ano, ocorrerão em todo o País.* (...). Ficou vencido na votação o ministro Marco Aurélio, que preliminarmente extinguiu a ação por entender que a norma em análise não poderia ser questionada por meio de ADI e, no mérito, julgava procedente o pedido.

Como brevemente dito foi, posteriormente, por decisão do STF que ocorreu no *julgamento da cautelar* que deferiu parcialmente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, de nº 347, em 09.09.2015, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, em que pedia o “*reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro*”, que o instituto das *audiências de custódia* teve estendido, pela primeira vez, sua observância obrigatória para todo o Brasil.

Em sessão realizada na tarde desta quarta-feira (9), o Supremo Tribunal Federal (STF) *concedeu parcialmente cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que pede providências para a crise prisional do país, a fim de determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.* (...). Na ADPF, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pede que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e seja determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país. Durante a sessão desta quarta-feira (9), votaram seis ministros: Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. (...) *Estado de coisas inconstitucional.* O ministro Ricardo Lewandowski seguiu totalmente o voto do relator (Min. Marco Aurélio). Assim como outros ministros, ele reconheceu, no caso, o “*estado de coisas inconstitucional*”, ao explicar que essa foi uma medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário. “Essa é uma interferência legítima do Poder Judiciário nessa aparente discricionariedade nas verbas do fundo penitenciário brasileiro”, afirmou.

Neste sentido, assim como o TJ-SP apenas regulou um “*direito do preso*” já previsto no ordenamento, embora (diga-se) por ato administrativo, não estaria o CNJ, por ocasião da Resolução 213/2015, usurpando as funções do judiciário com a de legislador

ordinário e, conseqüentemente, ferindo a independência entre os poderes do Estado, invadindo as prerrogativas do Poder Legislativo.

Pois, em tese, o CNJ apenas estaria pacificando e uniformizando as diversas resoluções que já estavam em vigor e sendo adotadas pelo país sobre realização prática-profissional das audiências de custódia, que, ao ter sua extensão para todo o Brasil de forma obrigatória, geraria novas resoluções por parte dos estados que ainda não a tivessem implantado.

Contudo, considerando que o artigo 7º e item 5, retro, não goza de status de norma constitucional, pois não foi internalizada como manda o artigo 5º, §3º, mas goza unicamente de status supralegal e de eficácia paralisante à aplicação de outras normas infraconstitucionais conflitantes com ela, até que o próprio Poder Legislativo resolva o impasse criando novas normas que possa dá concretude ao disposto nela, fazendo-se mister lembrar que, nesse caso em especial, a própria Carta Magna brasileira dispõe em seu artigo 22, inciso I, que: “*Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito (...), penal, processual, (...)*”.

Seu parágrafo único dispõe também que: “*Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo*”. Já em seu artigo 24, inciso XI, por fim, também dispõe que: “*Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual*”.

Desta maneira, o que se ver, é que somente o poder legislativo da União, ou seja, o Congresso Nacional, de forma exclusiva, é que pode inovar no ordenamento jurídico sobre *matéria de institutos processuais penais*, bem como somente aos poderes legislativos da União, Estados e do Distrito Federal, se há competência concorrente para legislar sobre *procedimentos prático-jurídicos relativos a matérias processuais penais*, como no caso do que abrange a Resolução 213/2015 do CNJ, bem como todas as outras resoluções anteriores de tribunais de justiça sobre a questão.

Assim, como poderia o Poder Judiciário, por meio de órgãos administrativos, considerar a inaplicabilidade de normas infraconstitucionais conflitantes com o Pacto de San José da Costa Rica e, eles mesmos, reconhecendo que o pacto trás, ainda que em abstrato, a previsão da *audiência de custódia*, normatizarem por cima das normas processuais paralisadas e ditarem regras de implantação dessas audiências e de procedimentos processuais prático-

profissionais de sua realização? Fica clarividente que estar-se diante de um caso em que o Poder Judiciário está excedendo sua função judicante.

Então, sintetizando, ao dá provimento à ADPF 347 e estender a obrigatoriedade das *audiências de custódia* para todo o Brasil, o Supremo inova no ordenamento jurídico dispondo sobre instituto de matéria processual penal – *cujas competências são privativas do Congresso Nacional* –. Já o CNJ, por seu turno, ao editar e publicar normas uniformizadoras sobre seu procedimento processual de cunho prático-profissional – *cujas competências são legislativas concorrentes do Congresso Nacional e das Assembleias Legislativas estaduais e distrital*, também inova na ordem jurídica por meio de ato administrativo.

Resta-se, portanto, evidente que houve uma sobreposição do poder judiciário sobre o poder legislativo, ferindo-se as prerrogativas do Congresso Nacional e desrespeitando-se a harmonia entre os poderes, cujo protagonista foi o STF, sob total condescendência dos ministros que a compõe, evidenciando um possível ativismo militante por parte deles, valendo-se do Garantismo Penal. É que, dá maneira como foi viabilizada, vinculada e regulamentada, as *audiências de custódia* não poderiam ter sido feitas sob pena de ferir as regras constitucionais supracitadas que disciplinam objetivamente a matéria.

Ademais, há de se mencionar a questão da obrigatoriedade que vem sendo imposta quanto da observância por parte de todos os órgãos judiciários do país, responsáveis pela jurisdição em matéria penal, da Resolução 213/2015 do CNJ, onde juízes que se opõe a aplica-las, por não reconhecerem sua legitimidade legal, vem sofrendo processos no mesmo CNJ estando sujeitos a sanções. Fato este que mais lembra a advertência de Montesquieu, mencionada à página 50, quando se refere a possibilidade do judiciário tornar-se arbitrário e opressor ao usurpar sua função e exercer outras de forma principal.

4.3.2 A Audiência de Custódia como instrumento garantista e a obtenção do direito fundamental à segurança pública eficiente: Há potencial de prejuízo?

Há uma questão central que deve ser enfrentada: as *audiências de custódia* têm prejudicado o direito fundamental dos cidadãos de ter a uma *prestação de segurança pública eficiente*?

4.3.2.1 A segurança pública como direito fundamental previsto na CF/88

Como se sabe, o rol dos direitos fundamentais, consagrados na CF/88, não estão somente adstritos ao artigo 5º. O sistema de direitos fundamentais tem seu alcance estendido ao longo de toda a Constituição, abrangendo direitos fundamentais individuais e coletivos que não estão previstos do artigo 5º ao 17, como ensina Novellino (2016, pág. 301):

Os direitos fundamentais, apesar de consagrados de forma sistemática nos artigos 5º ao 17, não se restringem aos elencados no Título II. Há diversos desses direitos espalhados ao longo do texto constitucional, além de outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (art. 5º, §2º).

Um desses direitos previsto de forma não exclusiva no sistema de direitos fundamentais que vai dos artigos 5º ao 17, da CF/88, é o direito à *segurança*, no sentido de Segurança Pública.

No caput do artigo 5º da Constituição, está escrito que *“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 segurança (...)”*.

Mas a semântica de segurança, no art. 5º, está ligado a ideia de garantia fundamental, ou seja, o direito de se limitar o poder público e se resguardar os direitos fundamentais.

Porém, da combinação dos artigos 6º que diz que: *“São direitos sociais (...), a segurança, (...), na forma desta Constituição”*, e do artigo 144, da CF/88, que diz: *“A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”*, surge o direito fundamental a segurança pública.

O direito à segurança também aparece no caput do art. 5º. Porém, a previsão no art. 6º tem sentido diverso daquela no art. 5º. Enquanto lá está ligada à ideia de garantia individual, aqui, no art. 6º aproxima-se do conceito de *segurança pública*, que, como dever do Estado, aparece como direito e responsabilidade de todos, sendo exercida, nos termos do art. 144, caput, para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (LENZA, 2016, pág. 1299). (Grifei)

A segurança pública, por sua vez, é exercida pelo Estado através do poder de Polícia de Segurança, este decorrente do Poder de Polícia *estricto senso*, que conforme explica a administrativista Di Pietro, citada por Lenza (2016, pág. 1120): *“o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”*.

Portanto, é neste aspecto que atua o *garantismo penal* em relação à segurança pública, uma vez que esta consiste em limitar, repressiva e ostensivamente, o exercício de direitos individuais que possam afetar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, valendo-se do poder de polícia de segurança e tendo como instrumento fulcral, para tanto, o direito penal e processual penal.

E em se tratando o *direito a segurança pública* como um direito fundamental, o Estado não pode, de maneira alguma, se abster ou se omitir de prestá-lo com a devida efetividade e eficiência, tratando-se, inclusive, de norma de eficácia plena, cuja aplicação é direta e imediata, pois do texto do caput art. 144, ver-se que não precisa de normas limitadoras ou definidoras infraconstitucionais para invocar-se tal direito da Constituição.

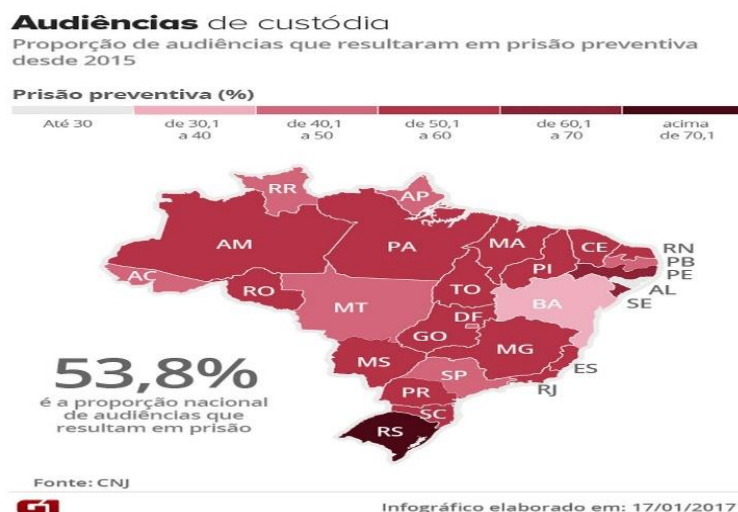
Traçado o *direito a segurança pública* como um dos vários direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, faz-se importante, antes de adentrar no caso específico das *audiências de custódia*, traçar um paralelo e delimitar a importância de se respeitar a imperiosa e fundamental independência e harmonia entre os três poderes do Estado.

4.3.2.2 A disseminação nacional das audiências de custódia e o potencial de dano ao direito fundamental à segurança pública

A questão se torna imprescindível, pois, em muitos estados do Brasil até 50% dos flagranteados levados à audiência de custódia são postos imediatamente em liberdade, mediante imposição de alguma *medida processual alternativa* ou não (conforme previsão do artigo 10, da Resolução 213/2015, do CNJ), tendo apenas a outra metade sua prisão em flagrante convertida em prisão cautelar, conforme se depreende da argumentação dos integrantes da Defensoria Pública da União – DPU e da Defensoria Pública do Espírito Santo – DPE-ES, que atuaram como terceiros interessados na ADI-5.240:

(...). Representantes da Defensoria Pública da União e da Defensoria Pública do Espírito Santo, entidades admitidas no processo como *amici curiae*, ocuparam a tribuna do STF em defesa das *audiências de custódia*. (...). O defensor público geral do ES, Leonardo Miranda, apresentou resultados práticos obtidos no estado com a implementação das audiências de custódia. *O Espírito Santo foi o segundo estado a adotar o procedimento e, em três meses, realizou mais de 1.600 apresentações de custodiados. Em 50% dos casos, as prisões foram convertidas em preventivas e, nos outros 50%, os cidadãos puderam responder ao processo em liberdade.* (Grifei)

Ainda conforme dados do CNJ divulgados pelo portal de notícias G1 em infográfico, ver-se que entre 2015 e 2017, em todo país quase metade das *audiências de custódia* resultam em liberdade dos indivíduos submetidos a elas:



Ademais, as *audiências de custódia*, só entre 2015-2016, conseguiram impedir que fossem recolhidos às prisões nacionais cerca de 40 mil infratores, obstruindo a construção de cerca de 68 novos presídios, tudo isso sob uma expectativa controversa de que possa gerar uma economia de cerca de 13,8 bilhões de reais por ano, conforme sintetiza Lenza (2016, pág. 1237):

O “Projeto Audiência de Custódia” foi implantado em fevereiro de 2015 por iniciativa do Presidente do CNJ e do STF, Min. Ricardo Lewandowski, e, conforme noticiado, com a sua adoção em todos os Estados brasileiros e na Justiça Federa, o “país já economizou R\$ 4 bilhões, levando em conta as mais de 40 mil pessoas que não foram indevidamente recolhidas à prisão e os 68 presídios que deixaram de ser construídos para abrigar a população carcerária que vinha crescendo de forma exponencial. A expectativa é que a economia anual chegue a R\$ 13,9 bilhões”, além, naturalmente, da proteção dos direitos fundamentais das pessoas submetidas a prisões (cf. Notícias STF de 13.07.2016).

O relatório “*A Expansão Das Audiências de Custódia*” elaborado em 2018, sobre o ano anterior, mostra que desde sua obrigatoriedade tais audiências já se encontram amplamente disseminadas e executadas em larga escala pelos órgãos judiciários do país.

No que tange à abrangência da implementação das audiências de custódia no Brasil, de um total de 2.885 comarcas analisadas, registrou-se, no ano de 2017, ao menos uma audiência de custódia em 1019 comarcas o que equivale a 35,3% do universo analisado, o que indica a necessidade de intensificação de esforços no sentido de efetivação plena do instituto, sobretudo nas comarcas do interior (2018, pág. 08).

Apesar desse número oficial registrado, a verdade é que o próprio relatório reconhece que a adoção das *audiências de custódia* pode ser bem maior.

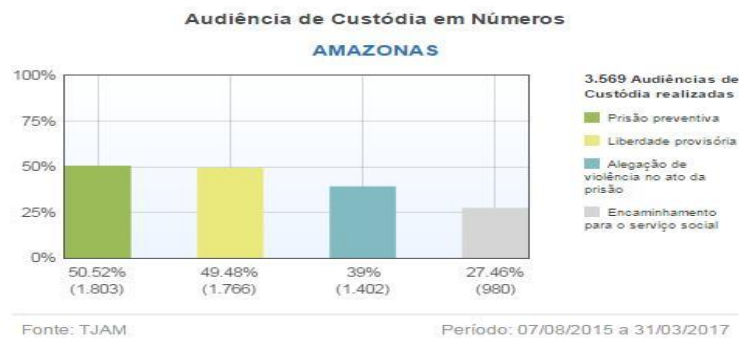
Ressalve-se que é possível que os dados ora trazidos não representem a totalidade dos dados relativos à audiência de custódia, em razão da provável subalimentação do SISTAC. Neste sentido, por exemplo, há notícias de que os Tribunais de Justiça dos Estados do Amazonas, do Espírito Santo, e do Rio Grande do Norte não têm procedido à regular alimentação do sistema. Outrossim, é possível que, dentro do mesmo Tribunal ou comarca, algumas unidades jurisdicionais efetuem a alimentação do sistema enquanto outras não procedam ao seu preenchimento, *de modo que os dados aqui apresentados podem refletir apenas parte dos efetivos esforços de implementação da audiência de custódia nos Estados* (2018, págs. 05/06). (Grifei)

De maneira que, as *audiências de custódia* já impactam de uma forma ou de outra na qualidade da prestação de serviço de segurança pública do país, uma vez que, dada a sua natureza de obrigar que todo flagranteado/indiciado seja levado a presença de juízo competente para aferição da legalidade do ato prisional, já há um elevado número de indivíduos que poderiam está sob custódia prisional, mas são postos em liberdade.

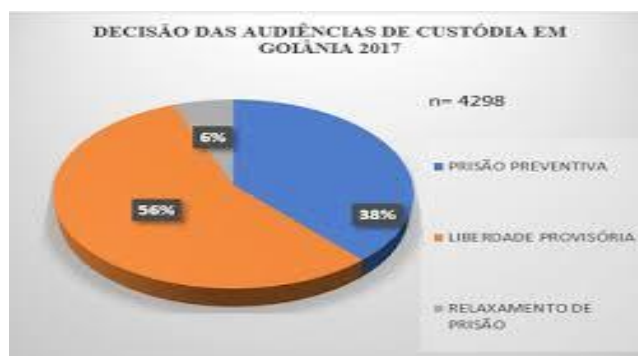
A título de amostra, o gráfico a seguir elaborado novamente pelo portal G1, desta vez com dados fornecidos pelo MP/RJ, mostram a evolução das prisões provisórias num dos estados mais violentos do Brasil, o Rio de Janeiro, de 2015 a 2017.



No estado do Amazonas, segundo dados do TJ-AM, metade das audiências de custódia terminam com o reconhecimento da desnecessidade das prisões e concessão de liberdade provisória.



Já em Goiânia-GO, segundo dados do CNJ de 2018, as audiências de custódia têm concedido liberdade provisória em mais de 50% dos casos.



Fonte: CNJ – 2018. Pág. 180.

Conforme artigo científico elaborado pela Corporação da PM-GO, desse elevado número de liberandos provisórios que acarretam as audiências de custódia naquela capital, tem-se gerado um efeito desmotivante numa larga maioria dos policiais militares responsáveis pela vigilância ostensiva nas ruas, conforme pesquisa feita para fins de amostragem no 30º batalhão operacional da PM-GO.



Fonte: O Autor. Pág. 179.

Ver-se que no batalhão, e não deve ser diferente em outros lugares do país, tais audiências tem levado a uma taxa de quase 80% de desanimos.

Ainda, perguntados se sentem receio de punições criminais e administrativas em razão de relatos de presos em audiências de custódia, obteve-se o seguinte resultado:

Questionou-se à tropa operacional do 30º BPM se sentem receio de punições judiciais e/ou administrativas por conta das alegações da pessoa presa em flagrante. Mais de 80% dos policiais alegam sentir sim o medo de punições. (...). É importante lembrar nesse tema a nota técnica da ASMEGO (2015) que alerta para falsas acusações de tortura, maus tratos, etc (2018, págs. 179/180).

O medo se justifica, a própria Resolução 213/2015 do CNJ, em seus artigos 6º *caput* e parágrafo único; 8º, incisos V e VI; 11 *caputs*:

Art. 6º *Antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia. Parágrafo único. Será reservado local apropriado visando a garantia da confidencialidade do atendimento prévio com advogado ou defensor público.*

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: (...). V – Indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão; VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

Art. 11. *Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado.*

Ou seja, na prática nada impede que o indivíduo seja induzido ou convencido a mentir ou distorcer fatos relacionados ao ato prisional, por um experiente defensor na articulação de uma estratégia de defesa, imputando tortura ou maus tratos por parte dos agentes prisionais no momento em que for indagado, agentes esses que poderão sequer ser ouvidos nas *audiências de custódia*, além de vítimas e/ou testemunhas.

Por fim, cabe ainda ressaltar que, segundo a pesquisa citada no artigo, perguntados se as *audiências de custódia* modificaram a forma de prestação de serviço por parte dos policiais, obteve-se o seguinte resultado.



Fonte: O Autor. Pág. 180

Fica evidenciado, portanto, uma influência negativa por parte das *audiências de custódia* na rotina dos plantões dos profissionais da segurança pública que temem acusações de maus tratos ou torturas pelos custodiados no ato das audiências, bem como desmotivam-se em ver tantas prisões sendo relaxadas ou convertidas em medidas cautelares alternativas.

Além de todas as evidências retro, cabe também mencionar os casos em que magistrados tem optado pela não conversão em prisão provisória de pessoas presas em flagrante de delitos violentos, alguns hediondos, concedendo-lhes liberdade provisória para responderem ao inquérito em liberdade.

Manchetes de jornais de credibilidade na opinião pública local ou nacional surgem com notícias de seguintes teores:

Um homem condenado na justiça por assalto foi preso mais uma vez, após uma tentativa de novo crime, mas liberado em audiência de custódia nesta quarta-feira (9), em Natal-RN. L. W. de A. foi detido na noite da última terça-feira (8), após tentar roubar o carro e a carteira de um homem no conjunto Mirassol, na zona Sul. (...). Após ser preso em flagrante, L. foi encaminhado nesta quarta-feira (9) a uma audiência de custódia e liberado na sequência. O mesmo criminoso foi condenado na justiça, em fevereiro do ano passado, a 6 anos e 4 meses pelo artigo 157 (TRIBUNA DO NORTE, 10.08.2017). (Grifei)

No dia 19 de janeiro a Polícia Militar de Santa Catarina recebe uma denúncia sobre um possível esconderijo de armamentos da facção criminosa Primeiro Grupo Catarinense. Uma equipe de PMs é designada para investigar. *Ao chegar no local, os Policiais avistam um suspeito que corre para dentro de uma casa. Rapidamente ele é abordado e preso com fuzil de combate Colt Ar-15 calibre 5.56mm, municiado com 30 projéteis.* O ex-suspeito, agora um criminoso com alto poder ofensivo, é conduzido para a audiência de custódia, perante a Juíza Ana Luisa Schmidt Ramos. Nesse momento o principal foco da Juíza é determinar se irá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou permitir que o criminoso vá embora em liberdade provisória. Adivinha o que aconteceu? *A Excelentíssima Magistrada entendeu que: “não há nos autos registro que demonstrem a periculosidade social efetiva e a real possibilidade de que o conduzido, solto, venha a cometer infrações penais”.* (...). Leia no fim desta matéria a íntegra do termo de custódia redigido pela Juíza (ÚLTIMO SEGUNDO-IG, 21.01.2019).

Faz-se pertinente, por fim, citar a crítica feita por Alexandre Pacheco, parte docente do Direito na Faculdade Getúlio Vargas e experiente advogado, onde se reconhece a importância das *audiências de custódia*, porém, opondo-se à forma como vem sendo aplicada e como foi imposta no ordenamento, ressaltando as dificuldades técnicas-operacionais que os órgãos de segurança pública dispõe para cumprir suas regras, o receio que recai nas autoridades policiais na hora de se efetuar prisões, o terror que afeta as vítimas e, por fim, o fato de que ofendidos e policiais responsáveis pelas prisões em flagrantes são vedados de participarem das audiências de custódia:

(...). A questão é que a Audiência de Custódia não pode ser uma via rápida para soltar bandidos presos em flagrante, principalmente os reincidentes e os perigosos, como vem ocorrendo hoje em dia. *As Polícias Cíveis e os órgãos judiciais dos Estados não estão preparados para avaliar bem a situação de um bandido em 24 horas, checando tão rapidamente seus antecedentes criminais e suas condições pessoais. É por essa razão que solturas precipitadas vêm acontecendo sistematicamente – são comuns, inclusive, casos de prisões feitas há poucos dias da soltura de bandidos em Audiências de Custódia.* Espertamente, os bandidos saem de Audiências de Custódia e voltam rapidamente a circular nos locais em que foram presos para que sejam vistos por vítimas e até mesmo pelos policiais militares que efetuaram as prisões. *E isso se faz para que as vítimas fiquem com medo de chamar a polícia em um próximo evento, assim como para que os policiais desistam de efetuar prisões, diante da certeza de que os bandidos serão soltos.* (...). Outra das barbaridades da Audiência de Custódia é que as testemunhas e os Policiais que fazem a prisão não são ouvidos diretamente pelo juiz nessa audiência, apesar de se tratar de prisão em flagrante. *Ou seja, não se dá ouvidos a quem participou da prisão e presenciou o comportamento do criminoso, desprezando-se elementos fundamentais do contexto do crime que somente a oitiva de quem presenciou o ato poderia revelar ao juiz, e que podem não constar no Auto de Prisão em Flagrante. E mais: o bandido sente-se estimulado a mentir sobre a ocorrência e fazer falsas denúncias de abuso policial* (PORTAL TERÇA LIVRE, janeiro de 2019). (Grifei)

Logo se percebe que Pacheco chama a atenção para o fato crucial e que, possivelmente, não constam nos relatórios do CNJ sobre alguns estados que dizem que poucos são os liberados nas audiências de custódia que voltam a reincidir na delinquência. As *taxas de reincidência* de liberados nas audiências de custódia variam de estado para outro:

Em um ano de implantação, as audiências de custódia no Rio de Janeiro registram 1,4% de reincidência. Dados da Defensoria Pública do estado indicam que, dos 2.567 atendidos, apenas 35 voltaram a ser apresentados, desde o início do projeto, em setembro do ano passado (CNJ, 08.09.2016). (Grifei)

(...). Em novembro do ano passado, por exemplo, das 1.620 audiências realizadas, 581 foram motivadas por roubo e, em dezembro, das 1.139 audiências, 343 foram causadas pelo mesmo delito. *De acordo com dados do Tribunal de Justiça de São Paulo fornecidos ao CNJ em novembro, somente 4% das pessoas liberadas em audiências de custódia voltaram a cometer crimes desde o início do projeto, em fevereiro* (CNJ, 27.01.2016). (Grifei).

(...). O presidente da Comissão de Direito Carcerário da Ordem dos Advogados em Mato Grosso, Waldir Caldas, explica que a custódia é uma exigência legal, mas que

não vinha sendo cumprida. Segundo ele, a iniciativa do CNJ em implementar o procedimento é louvável, pois ela funciona como um filtro para não abarrotar ainda mais as cadeias do país, além de servir como um redutor de criminalidade, já que dos que passam pela custódia apenas 14% voltam a cometer crime (...) (CNJ, 22.01.2019).

O fato de que tão logo recebam o Alvará de Soltura e sejam liberados, mediante conversão da prisão em flagrante para medidas alternativas, voltarem a circular nas localidades onde praticaram o delito, impõe, sem dúvidas, a sensação de medo e descrédito nos órgãos de justiça, a insegurança por parte dos moradores da sua localidade, bem como o receio nos policiais de efetuarem novas prisões. Esses efeitos colaterais, advindos das liberações precipitadas das *audiências de custódia*, são fatores que potencialmente interferem na geração dos números baixos das taxas de reincidência dos liberados.

Outro fator, bastante relevante, mencionado por Pacheco é a falta de efetivo e estrutura material das polícias civis dos estados, que impossibilitam, em muitos casos, que preparem, em apenas 24 horas após as prisões em flagrantes, toda a documentação necessária para que o magistrado da audiência tenha acesso a toda vida pregressa delitiva do indivíduo sob audiência.

A falta de certidões de maus antecedentes, por exemplo, que por ventura não constem nos autos de prisões enviados aos magistrados plantonistas, por falta de estrutura das delegacias de polícias espalhadas pelo país, pode ser confundido com bons antecedentes e, de fato, criminosos contumazes, perigosos, com maus antecedentes, podem ser postos em liberdade condicional e até tidos como “primários”, por conta disso.

Pelo visto, tratando-se a *Audiência de Custódia* de um instituto que visa prioritariamente focar nas garantias de liberdade das pessoas presas, seja em flagrante ou até mesmo por cumprimento de mandado judicial, em desobservância sumária dos danos causados à sociedade por elas para não gerar juízo de culpa, promovendo-se em demasia, portanto, o Direito Penal Mínimo, lembra-se as já mencionadas lições de Ferrajoli às fls. 28 e 29.

Conforme já citadas diretamente, tais lições podem ser resumidas da seguinte forma (2002) “Uma das metas do Direito Penal Mínimo (Garantismo penal) é o desencarceramento em massa de forma gradual. No curto prazo, de presos por delitos de baixa gravidade, trocando-se a prisão por medidas alternativas”.

Posteriormente (2002), “no médio prazo, reduz-se o rol de bens jurídicos dignos de proteção de pena de prisão, elencando-se somente os bens fundamentais, e com previsão máxima abstrata de sua duração para 10 anos, incluindo os hediondos e equiparados”

Por fim, ainda sintetizando as lições de Ferrajoli já citadas às páginas retors, conclui-se que (2002) “ao longo prazo, quando a ‘sociedade estiver madura o suficiente’, promove-se o abolicionismo da pena de reclusão e substitui-se por medidas penais alternativas, estas, no entanto, passando a servir de penas principais para todo e qualquer delito e sua gravidade”.

Como as audiências de custódia conseguem, com grande sucesso, livrar da prisão cautelar os indivíduos que cometem delitos de baixa gravidade, e em menos casos até de alto teor ofensivo, pode-se *seguramente supor* que o instituto da Audiência de Custódia pode estar dando cumprimento ao primeiro estágio das metas de Ferrajoli, isto é (2002): “a meta de curto prazo, quanto a tendência abolicionista da reclusão no sistema punitivo para delitos de pequena e até média gravidade”.

Ferrajoli, adite-se, é um confesso opositor da prisão preventiva, que para ele, consiste num ato de força arbitrária conforme suas próprias lições:

(...), toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, as vezes por anos, sem processo. *E é um mísero paralogismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio nula poena sine iudicio – ou seja a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato -, pois não se trata de uma pena, mas de uma coisa: medida cautelar, ou processual ou, seja como for, não penal. (...) A pergunta que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma “injustiça necessária”, como pensava Carrara, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado* (2002, pág. 446). (Grifei)

Ferrajoli critica negativamente as razões de ser das prisões cautelares, como a necessidade de *preservação das provas* ou do *receio de fuga* do indiciado ou acusado.

Quais são então, se elas existem, as “necessidades” – e não as meras conveniências – satisfeitas pela prisão sem juízo? (...). Restam as outras duas finalidades: a do *perigo de deterioração das provas* e a do *perigo de fuga do acusado*, já indicadas por Beccaria e reconhecidas como únicas justificações das doutrinas e das jurisprudências mais avançadas. (...) São as duas finalidades processuais, em outras palavras, realmente legítimas e, ainda, desproporcionais ao sacrifício imposto pelo meio de as atingir? (2002, pág. 446).

Para ele, as *prisões cautelares* poderiam ser substituídas por *conduções coercitivas* e em tão somente quando se tratar de crimes graves e complexos. A *condução coercitiva*, na sua visão, seria mais eficiente se usada no lugar da prisão preventiva, pois o acusado seria levado a disponibilidade do juiz, antes de ser ouvido em audiência, pelo tempo necessário para que não pudesse destruir provas – sendo horas ou dias, apenas (pág. 447, 2002).

Ainda, prossegue Ferrajoli quanto a desnecessidade da prisão preventiva para prevenir a *destruição de provas*:

Mas depois do interrogatório e da imediata apreciação dos argumentos defensivos a custódia do imputado não há mais justificativa. (...). Mas então – devemos nos questionar – *se a esse ponto as possibilidades de o imputado deteriorar as provas são excluídas ou pelo menos enormemente reduzidas, porque não fazer cessar não apenas seu estado de isolamento, mas também sua detenção? Por que não abrir as portas do cárcere para deixá-lo sair em vez de deixar entrar seus conhecidos e parentes? (...). E, afinal, se a prisão preventiva, como admite Bentham, não deve servir para isolar o imputado após o primeiro interrogatório, o que resta de sua função processual? Sob esse aspecto, em suma, a custódia preventiva depois do interrogatório pode ser considerada favorável somente por quem considere o papel da defesa como obstáculo inoportuno e a investigação como inquisição de parte. (...) A única necessidade processual que pode justificar uma coação momentânea – a não deterioração das provas antes do primeiro interrogatório – é ao menos em grande extensão satisfeita pela condução coercitiva do imputado à frente do juiz de modo a permitir a contestação do ato e a realização das primeiras defesas sem adulterações anteriores. Certamente, sobretudo para alguns crimes graves, existe o perigo de que mesmo após o primeiro interrogatório e das primeiras averiguações o imputado adultere as provas. Mas nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos. E esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar* (2002, pág. 447/449). (Grifei)

Ferrajoli, chega a reconhecer que sem prisão preventiva, “em crimes graves”, o indiciado ou acusado pode, em liberdade, destruir provas mesmo após audiências fundamentais, mas que isso é um preço que o sistema penal deve se conter em pagar.

Já quanto a desnecessidade da mesma medida que se justificaria, em um segundo argumento, no perigo de fuga do imputado, Ferrajoli minimiza o risco (2002, pág. 448):

(...), por que o perigo de fuga de um imputado já interrogado jamais deveria bastar para justificar uma violação tão séria e subvertida de todas as garantias penais e processuais como a pena antecipada sem julgamento? Tal perigo não é realmente um grande perigo. Primeiro é bem difícil, em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada como a atual, uma fuga definitiva; *e talvez bastasse para desencorajá-la uma vigilância mais intensa ao imputado sobretudo nos dias precedentes à sentença*. Em segundo lugar, a opção de fuga pelo imputado, *forçando-o à clandestinidade e a um estado de permanente insegurança, é já por si só normalmente uma pena gravíssima*, não muito diversa da antiga *acqua et igni interdictio* prevista pelos romanos como pena capital. (Grifei)

Ainda, alegando ser o perigo de fuga de um imputado diretamente proporcional a severidade das penas vigentes numa sociedade, Ferrajoli expõe-se em dizer que bastaria

“abolir as penas de detenção ou apenas reduzi-las para previsão máxima de 05 ou 10 anos que, conseqüentemente, reduzir-se-ia fortemente o pavor pelo castigo e, subseqüentemente, condicionaria a supressão da prisão preventiva” (pág. 448, 2002).

Faz-se importante mostrar o pensamento opositor de Luigi Ferrajoli sobre o instituto da prisão preventiva. Pois se tratando a *Audiência de Custódia* de um instituto que visa impor fortes barreiras para a criação de mais *prisões preventivas* e considerando também que seu fundamento é a salvaguarda das garantias de liberdade do indivíduo e que, para isso, vale-se da teoria do *Garantismo Penal* que, por sua vez, é a corrente predominante no país, não se demonstraria exagero afirmar que *tais audiências* visam instituir, no Brasil, o prelúdio de uma forte discussão, no meio acadêmico-jurídico, que possa fulminar na extinção a médio prazo do instituto processual da *prisão provisória*, substituindo-a pela condução coercitiva (como prega Ferrajoli, pai do garantismo).

Basta analisar o que Ferrajoli diz (2002, pág. 450) sobre a receptividade de suas ideias contrárias ao instituto processual da prisão preventiva e sobre medidas alternativas a ela: *“Não escondo que a perspectiva aqui proposta pode parecer, a curto prazo, uma quimera. Mas isso depende não tanto de razões lógicas ou técnico-jurídicas, mas, ao contrário, da inatividade dos aparatos e da força de resistência que sempre é oposta pelas culturas conservadoras”*. Para Ferrajoli, e até seus adeptos, tudo é questão de aceitação cultural e de se vencer resistências conservadoras.

Por fim, ainda neste tópico, cabe correlacionar o advento e disseminação das *audiências de custódia* pelo país, no ano de 2015, com as evoluções delitivas dos gráficos das *figuras 02* (nº absolutos de homicídios) e *05* (nº absolutos de homicídios por armas de fogo) do *tópico 01*, onde ver-se que na *figura 02*, a partir de 2015, houve uma *evolução de 59 mil homicídios para 63 mil* e na *figura 05* há um *crescimento de 41 mil homicídios por arma de fogo para 45 mil*, devendo ser lembrado que os gráficos retros terminam em 2016, um ano após a expansão das *audiências* pelo país, porém nota-se uma clarividente tendência de forte crescimento dos números para os anos seguintes. Tudo isso revelam-se como fortes evidências de que as *audiências de custódia*, uma vez já disseminadas pelo Brasil, podem estar impactando nos índices delitivos de homicídios no país negativamente.

4.3.2.3 Resposta da questão levantada no início deste tópico

Portanto, respondendo a complexa indagação feita no início deste tópico, é possível afirmar que sim, as audiências de custódia têm o potencial de interferir negativamente no direito fundamental a segurança pública eficiente da população brasileira, interferência que, com todas as evidências analisadas, revelam-se negativas e potencialmente prejudiciais.

5 CONCLUSÃO

Este presente trabalho tratou de recolher evidências sobre o Garantismo Penal, idealizado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli e sua influência negativa para os índices de elevados de violência pública no Brasil constatados desde as últimas décadas até os tempos hodiernos.

Os objetivos gerais propostos foram cumpridos de forma satisfatória, pois ao *analisar-se* quais as evidências de que a Escola de Ferrajoli, o Garantismo Penal, tem impactado no crescimento dos índices delitivos do Brasil, foram primeiramente abordados diversos infográficos que contextualizaram bem o histórico evolutivo da violência pública no país desde a década de 1980 até os dias atuais, dimensionando com precisão a situação atual de violência epidêmica pela qual passa a sociedade brasileira, período ao qual o Garantismo Penal se encontra predominante na cultura criminalista.

Permitiu-se formar uma correlação entre o histórico de índices de delitos violentos com a disseminação e predominância da corrente garantista no país, já que há evidência de que a ascensão desses principais índices violentos pátrios decorre da vigência da Constituição Federal de 1988, a mais garantista de todas, que influenciou no novo ordenamento jurídico penal brasileiro.

Basta ver, por exemplo, que nos anos imediatamente posterior a promulgação da CF/88 as taxas de homicídios, bem como os homicídios em números absolutos, demonstram em seu histórico uma tendência de forte evolução, sugerindo, portanto, evidência de que a Carta Magna estimulou tal ascensão.

Também foi possível conectar sinais de interação dos índices sobre taxas de homicídios, homicídios absolutos e crimes de roubos, que demonstra evoluções a partir de ano de 2006 e 2012, com as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que tornaram

inconstitucionais por duas vezes as regras contidas no artigo 1º, §2º, da Lei 8.072/1990 sobre o cumprimento da pena *integralmente* (em 2006) e *inicialmente* (em 2012) em regime fechado para os condenados por delitos previstos nela, jurisprudências que, baseadas em princípios do sistema de garantias como o da *Individualização da Pena* e o da “*Novatio Legis In Pejus*”, sugerem uma contribuição para agravar os índices de violência pública

Isso porque, na prática, tais jurisprudências foram capazes de abreviar o retorno de criminosos violentos às ruas muito antes do tempo devido a partir do ano de 2006, no primeiro caso, já que fora lhes dados não só a possibilidade de progredir de pena, como fora fixado o quantum mínimo de somente 1/6 de cumprimento da mesma, para que obtivessem objetivamente esse direito, regra essa de tratamento que é própria aos crimes comuns, para, posteriormente, em 2012, ser dado o direito de se iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto ou até mesmo em regime aberto, para os condenados enquadrados nessa mesma lei, flexibilizando o início do cumprimento inicial da pena em regime fechado.

Quando se analise a vigência da Audiência de Custódia no Brasil, a partir de 2015, medida que tem inviabilizado a prisão em flagrante em mais da metade dos casos em muitos estados do Brasil, fica evidenciado seu impacto nos índices de homicídios, por exemplo, que voltam a progredir a partir de 2015, chegando a uma taxa de quase 31/100 mil habitantes em 2017, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018.

As audiências de custódia também indicam uma interferência negativa na rotina profissional da segurança pública e na sua qualidade de serviço prestado, como no caso analisado do 30º Batalhão da PM da cidade de Goiânia-GO, onde 80% dos profissionais responsáveis pela vigilância ostensiva assumiram temer falsas acusações de maus tratos ou tortura pelos flagranteados nas audiências de custódia. Esse caso sugere que em outros batalhões por todo o país a questão não é diferente e que a Audiência de Custódia intimida o trabalho policial, podendo encorajar delinquentes e, conseqüentemente, alavancando os índices de criminalidade.

Ao se analisar o princípio da Co-culpabilidade Social do Delito, decorrente de uma combinação de vários princípios garantistas, surge mais uma evidência que o Garantismo Penal está gerando uma atmosfera propícia a criminalidade, uma vez que se possa estar criando uma cultura de “bandidolatria” ou um culto a figura do infrator no meio criminalista pátrio.

Isso porque, conforme mostrado por Pessi, esse esforço principiológico prega que o infrator penal não teria, na maior parte dos casos, responsabilidade total pelo crime

cometido, mas teria na sociedade como todo um corresponsável, pois que ela, ao oprimi-lo negando-lhe oportunidades e o marginalizando, criou as condições favoráveis e o influenciou preponderantemente para que delinquisse, fazendo jus, então, o infrator – e potencial vítima social, a uma minoração de sua pena ou até mesmo uma excludente de culpabilidade penal.

Isso demonstra um forte indicativo que, no Brasil, há uma cultura penalista majoritária que está alheia a situação de grave violência epidêmica pela qual o país passa, contribuindo para uma atmosfera jurídica-cultural da vitimização do bandido, o que não contribui em nada para minorar a situação de contínua evolução dos índices de violência.

Ao buscar *identificar* evidências de se tem a corrente garantista potencial de gerar condições adversas para a efetividade do “*jus puniendi*” estatal, fora explicado a origem do termo jurídico “garantismo”, desenvolvido no século XVII e XVIII pelos Liberais Clássicos europeus como um potente instrumento destinado limitar os reis déspota, dos Estados absolutistas, para se garantir as liberdades civis e políticas dos cidadãos.

Foi mostrado que Ferrajoli usa esse sentido Liberal Clássico do termo garantismo para o inserir no ordenamento penal, desta vez como um potente instrumento de forte limitação do Direito Punitivo do Estado, criando-se o que ele chama de “*Direito Penal Mínimo e racional*” que dá primazia a liberdade das pessoas indiciadas ou processadas por infrações penais em detrimento do direito punitivo estatal.

Foi mostrado, que neste sistema, Ferrajoli faz uma exortação aos magistrados para que desobedeçam e façam prevalecer seu poder valorativo na condução de processos criminais, em relação a aplicação de institutos jurídicos que possam prejudicar os interesses do réu, mesmo que decisões pacificadas por uma Corte Superior competente reconheçam como vigentes e efetivas, portanto legítimas, tais regras legais desses institutos.

Também fora mostrado que o sistema de garantias proposta por Ferrajoli está em contínuo processo de construção, de alargamento do seu sistema de garantias, não devendo, contudo, ser tido como certo, segundo ele, nenhum princípio segundo o qual, mesmo cumprido todas as garantias do devido processo legal, a punição deva ser tida como certa.

Quando se analisa o uso do Princípio do Favor Rei no país, conforme doutrina selecionada, bem como se sugere o uso de tal princípio o jurista Ferrajoli, fica novamente evidenciado não só o potencial de se gerar um sistema punitivo leniente por meio de um instrumento garantista capaz de constantemente gerar inúmeras dúvidas interpretativas favoráveis ao réu, cerceando o *jus puniendi estatal*, possibilitando progressivamente responsabilizações penais cada vez mais brandas comparadas as previsões legais.

Quando se analisa o perfil ideológico de Luigi Ferrajoli, como seu passado militante na “Magistratura Democrática”, um movimento de magistrados enviesados ao “Socialismo Progressista”, constata-se seu ímpeto revolucionário, já que Ferrajoli em artigo intitulado “*Marxismo y Cuestion Criminal*”, chega a culpar a sociedade burguesa e cristã pela criação de espaços capitalistas onde se originam delinquentes e deposita crença em ser o Socialismo a solução para resolver os problemas com a criminalidade.

Evidentemente radical, foi a constatação em sua obra “*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*” de qual é o espírito por trás dos objetivos e finalidades do Garantismo Penal, em relação à forma sobre a qual o Estado deve punir delinquentes no curto, médio e longo prazo, botando o instituto jurídico da pena privativa de liberdade em xeque.

Ferrajoli estabelece metas programáticas de prazos, onde se visa chegar, ao final, na abolição da pena de reclusão do sistema penal de um ordenamento garantista, tornando as medidas penais alternativas atuais em penas principais aplicáveis a todos os delitos, de qualquer natureza. Cabendo ainda ressaltar que no mesmo livro Ferrajoli defende a extinção da prisão cautelar e sua substituição por meras conduções coercitivas num sistema garantista.

Certamente, isso sugere que resida aí o objetivo da manobra do Supremo Tribunal Federal em instituir a Audiência de Custódia como um primeiro esforço garantista concretamente empreendido para não só abolir a privação de liberdade como pena principal no curto prazo para delitos de menor potencial ofensivo, gerando o decorrente desencarceramento em massa, como esforço de se reduzir a “superpopulação carcerária brasileira”, como também se visa combater no médio prazo o instituto da prisão cautelar no Brasil, substituindo a prisão, nos dois casos, por medidas penais alternativas como medidas principais. Basta ver, repita-se, o que o idealizador do sistema garantista é um ferrenho opositor das prisões, seja como pena principal ou como medida processual.

Quando se buscou *avaliar* se a restrição da cultura garantista seria uma das possíveis soluções para a redução dos índices de criminalidade, além de tudo o que já fora exposto, evidenciou-se também, na profunda análise da forma de implantação das *audiências de custódia* no Brasil, no capítulo 3, o poder que tem o sistema de garantias de oferecer teses, através de seu sistema principiológico, que podem inflar o poder do judiciário ao ponto de justificar uma usurpação de competência, ferindo a harmonia entre poderes.

Fica mostrado que essa usurpação é capaz de prejudicar o direito fundamental a segurança pública da sociedade, consagrado na CF/88, nos artigos, 6º e 144, a partir do momento que se eliminam normas consagradas em leis, que impliquem em maior rigor

punitivo com a criminalidade, por meio de atos administrativos do Poder Judiciário, fazendo-se prevalecer sua vontade política sobre a do legislador ordinário, este que por sua vez é uma função sensível ao clamor da população, por meio de seus representantes eleitos.

Com toda as evidências selecionadas, colhidas, expostas e analisadas neste trabalho, é possível chegar-se a conclusão no sentido de que ao conseguir-se imprimir esforços de conscientização no meio cultural-penal seria possível diminuir a influência do Garantismo Penal, principalmente se aplicado conforme fiel recomendação de Luigi Ferrajoli, promovendo-se no Brasil o endurecimento das regras legais de punições necessárias e rigorosas ante a criminalidade, inclusive aos delitos menos graves para se desestimular os mais severos, possibilitando a gradual redução dos índices de violência a patamares toleráveis, recuperando o direito a segurança pública da população suprimida paulatinamente nas últimas décadas.

Importante ainda concluir que todas as hipóteses levantadas neste trabalho se mostraram verdadeiras, como a que foi levantada em relação a possibilidade de haver correlação entre a disseminação do Garantismo Penal na cultura jurídica criminal brasileira com a evolução dos índices delitivos, bem como a que fora feita em relação a existir ou não evidências na raiz ideológica por trás da formulação do garantismo na seara penal indicando o favorecimento da criação de condições jurídicas adversas para o exercício do “*jus puniedi*” estatal, podendo, conforme evidências coletada de artigos e livro de Luigi Ferrajoli, irrigar os índices de violência pública.

Ainda, já que se trata o Garantismo Penal de Ferrajoli como uma cultura profundamente enraizada e amplamente aceita no âmago penalista brasileiro, processo que tem origem desde os anos 1980, ao se levantar hipóteses concretas de institutos jurídicos fortemente influenciados pela cultura garantista que corroborassem com a tese de que o garantismo impacta negativamente na prestação da justiça penal e podendo impulsionar os índices de violência pública, evidências como o rol de institutos jurídicos elencados no capítulo 4, todos sob fortes influências de ideais garantistas, foram encontradas e, conforme análises sobre eles realizadas, sugerem-se que o Garantismo Penal já causam fortes impactos na justiça penal brasileira, gerando experimentos negativos em assuntos de segurança pública.

Assim, este trabalho cumpre com seus objetivos propostos, não havendo mais evidências que devam ser analisadas para que seja suficiente à conclusão de que o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli pode está impactando negativamente nos índices violentos do Estado brasileiro, contribuindo para o cenário de violência epidêmica demonstrada no capítulo 1.

Contudo, como este trabalho cuida apenas em levantar e confirmar hipóteses da existência de “evidências” desses impactos negativos nos índices de violência pública promovidas pelo Garantismo Penal, futuros esforços podem ser empregados tanto para refutar tais evidências que sugerem o que fora afirmado neste trabalho, como para confirma-las como provas dos males que a cultura garantista de Ferrajoli pode estar provocando na segurança pública do Estado brasileiro.

Por fim, a importância deste trabalho reside em sua potencial utilidade num importante debate científico sobre a necessidade de limitação do Garantismo Penal no país, discussão que cada vez mais tem se acentuado, justamente, pelo contexto de violência pública demasiada cada vez crescente, sustentável e insolucionado, buscando-se servir a um propósito de auxiliar na conscientização dos operadores do sistema repressivo de inconveniências e infortúnios que o Garantismo Penal, sobretudo se implantado conforme receituário pregado por Luigi Ferrajoli, podem causar no sistema repressivo de uma nação.

De modo que, este trabalho tem, portanto, utilidade de interesse social pois visa contribuir para um cenário de segurança pública mais efetiva, sustentada numa justiça penal mais forte e intransigente contra a criminalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Lucas; BORBA, Geyson Alves. Os reflexos da audiência de custódia no serviço Policial Militar do 30º batalhão da Polícia Militar do Estado de Goiás. *Revista Brasileira de Estudos de Segurança Pública*, Goiás, v. 11, n. 1, p. 173-182, ago/2018. Disponível em: <<http://revista.ssp.go.gov.br/index.php?journal=rebsp&page=article&op=view&path%5B%5D=354>>. Acesso em: 20 jul. 2019. Págs. 179/180.

ARISTÓTELES. *Política – Texto Integral*. 1ª ed. São Paulo: Martin e Claret, 2007. Pág. 75.

BURKE INSTITUTO. *Luigi Ferrajoli destruiu o direito brasileiro*. Disponível em: <https://www.burkeinstituto.com/blog/direito/luigi-ferrajoli-destruiu-o-direito-brasileiro/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

CNJ.JUS. *Audiência de custódia: Cuiabá tem 3,4 mil procedimentos em 2018*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/88326-audiencia-de-custodia-cuiaba-tem-3-4-mil-procedimentos-em-2018>. Acesso em: 22 jul. 2019.

CNJ.JUS. *Audiências de Custódia em São Paulo possibilitam reinserção social*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81402-audiencias-de-custodia-em-sao-paulo-possibilitam-reinsercao-social>. Acesso em: 22 jul. 2019.

CNJ.JUS. *Dados das inspeções nos estabelecimentos penais*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 27 jun. 2019.

CNJ.JUS. *Origem da Audiência de Custódia*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 8 jul. 2019.

CNJ.JUS. *Reincidência em audiências de custódia é de 1,4% no Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83366-reincidencia-em-audiencias-de-custodia-e-de-1-4-no-rio-de-janeiro>. Acesso em: 22 jul. 2019.

CNJ.JUS. *Resolução Nº 213 de 15/12/2015*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 15 jul. 2019.

DIÁRIO DO NORDESTE. *Violência Epidêmica*. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/opiniaio/violencia-epidemica-1.797821>. Acesso em: 15 jun. 2019.

DUPRÉ, Ben. *50 grandes ideias da humanidade que você precisa conhecer*. 1º ed., São Paulo: Planeta, 2016. Pág. 125.

EXAME. ABRIL. *O mapa dos assassinatos no Brasil nos últimos 30 anos*. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/o-mapa-dos-assassinatos-no-brasil-nos-ultimos-30-anos/>. Acesso em: 27 jun. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Págs. 52; 60/62; 83/ 84; 446/450; 331/333; 336; 699; 859;

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo e Direito Penal. *JULGAR*, Itália, v. 1, n. 6, p. 53-64, dez/2008. Disponível em: https://www.google.com.br/search?ei=hF4-Xeu6B-G65OUPkqiVgAk&q=garantismo+e+direito+penal+tradu%C3%A7%C3%A3o+de+pedro+vaz+patto&oq=garantismo+e+direito+penal+tradu%C3%A7%C3%A3o+de+pedro+vaz+patto&gs_l=psy-ab.3..33i160.1178008.1191214..1191413...15.0..1.443.13647.0j42j21j3j1.....0....1..gws-wiz.....1>. Acesso em: 10 jul. 2019.

G1.GLOBO. *Audiências de Custódia prendem mais do que soltam em 2/3 dos estados*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/audiencias-de-custodia-prendem-mais-do-que-soltam-em-23-dos-estados.ghtml>. Acesso em: 17 jul. 2019.

G1.GLOBO. *Audiências de Custódia soltaram 61% dos presos em flagrantes no RJ no primeiro trimestre de 2017*. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/audiencias-de-custodia-soltaram-61-dos-presos-em-flagrante-no-rio-no-primeiro-trimestre-de-2017.ghtml>. Acesso em: 18 jul. 2019.

GORENDER, Jacob (apres.). *O capital – Livro I*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011. Pág. 27.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. Pág. 469.

HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções, 1749 – 1848*. Ed. 40, São Paulo: Paz & Terra, 2012. Págs. 31/33; 236; 263.

INSTITUTO LIBERAL. *“Bandidolatria e democídio”: a questão mais importante de todas*. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/bandidolatria-e-democidio-a-questao-mais-importante-de-todas>. Acesso em: 20 jun. 2019.

IPEA.GOV. *Crimes Violentos Contra a Pessoa (Registros Policiais)*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/link/7/crimes-violentos-contra-a-pessoa-registros-policiais>. Acesso em: 26 jun. 2019.

IPPOLITO, Dario. O Garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Itália: Roma, v. 3, n. 1, p. 35-41, mar/2011. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>. Acesso em: 3 jul. 2019.

JUSBRASIL. *Não cabimento do Princípio da Co-culpabilidade*. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115521453/apelacao-criminal-apr-10707110266053001-mg?ref=serp>. Acesso em: 15 jun. 2019.

JUSBRASIL. *Princípio da Co-culpabilidade*. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/672772472/apelacao-apl-70393720138260408-sp-0007039-3720138260408/inteiro-teor-672772537?ref=serp>. Acesso em: 15 jun. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016. Págs. 593/594; 1120; 1237; 1299; 1237;

LIMA, R. S. D; BUENO, Samira; PACHECO, D. M. C. N. I. S. M. P. R. A. D. Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2018. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, v. 1, n. 12, p. 1-90, jun./2018. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2018. Pág. 05/06.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: GÉN Método. 2014. Pág. 646/647.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. *John Locke e o individualismo liberal*. Pág. 71. WEFFORT, Francisco C. (org.). Pág. 09. *Os Clássicos da Política*. 14ª ed., São Paulo: Ática, 2011.

MISES.ORG. *Progressistas, reacionários, histeria e a longa marcha gramsciana*. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1292>. Acesso em: 26 jun. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 2ª ed., 2ª trg. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Pág. 168.

MOURA, Grégore. *Do princípio da co-culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006. Pág. 93.

NACIONAL, M. D. J. E. S. P. D. P. Levantamento Nacional: De Informações Penitenciárias. *INFOPEN*, Brasília-BR, v. 1, n. 3, p. 1-65, jan/2017. Disponível em:

<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2019.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. Bahia: Jus PODIVM, 2016. Pág. 301.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

PESSI, Diogo, SOUZA, Leonaro Giardim. *Bandidolatria e Democídio: Ensaio sobre o garantismo penal e a criminalidade no Brasil*. 2ª ed., São Paulo: Armada, 2017. Pág. 37.

PLANALTO.GOV. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

PLANATO.GOV. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

POLÍTICA.ESTADÃO. Ferrajoli é o legítimo pai do ‘garantismo penal’ praticado no Brasil. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ferrajoli-e-o-legitimo-pai-do-garantismo-penal-praticado-no-brasil/>. Acesso em: 21 jun. 2019

PORTAL TERÇA LIVRE. *Audiência de Custódia é via rápida para soltar bandidos*. Disponível em: <https://www.tercalivre.com.br/audiencia-de-custodia-e-via-rapida-para-soltar-bandidos/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

QUINTELA, Flávio, BARBOSA, Bene, *Mentiram para mim sobre o desarmamento*. 1ª ed., São Paulo: Vide Editorial, 2015. Págs. 75/77/78

QUINTELA, Flávio, *Mentira e muito para mim*. 1ª ed., São Paulo: Vide Editorial, 2014. p. 59.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15ª ed., rev., amp. e at. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 38.

STF.JUS. *Informativo 484 - Progressão de Regime: Lei 11.464/2007 e Lei Penal Mais Gravosa*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo484.htm#Progress%C3%A3o%20de%20Regime:%20Lei%2011.464/2007%20e%20Lei%20Penal%20mais%20Gravosa%20-%201>. Acesso em: 8 jul. 2019.

STF.JUS. *Informativo 789 - Crime de tortura e regime inicial de cumprimento da pena*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo789.htm>. Acesso em: 7 jul. 2019.

STF.JUS. *Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo670.htm#Lei%208.072/90%20e%20regime%20inicial%20de%20cumprimento%20de%20pena%20-%201>. Acesso em: 2 jul. 2019.

STF.JUS. *Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>. Acesso em: 18 jul. 2019.

STF.JUS. *Senado aprova em primeiro turno projeto de lei sobre audiências de custódia*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320847&caixaBusca=N>. Acesso em: 10 jul. 2019.

STF.JUS. *STF determina realização de audiências de custódia e descontinuação do Fundo Penitenciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>. Acesso em: 10 jul. 2019.

STF.JUS. *SÚMULA VINCULANTE* Nº 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 9 jul. 2019.

TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 11ª ed. Bahia: JusPODIVM, 2016. Pág. 812.

TRIBUNA DO NORTE. *CONDENADO POR ASSALTO É PRESO EM FLAGRANTE E LIBERADO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA*. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/condenado-por-assalto-a-preso-em-flagrante-e-liberado-em-audio-ncia-de-custa-dia/388829>. Acesso em: 18 jul. 2019.

ULTIMO SEGUNDO.IG. *Moro anuncia projeto contra a corrupção, o crime organizado e crimes violentos*. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2019-02-03/sergio-moro-lei-anticrime.html>. Acesso em: 15 jun. 2019.

ULTIMO SEGUNDO.IG. *Polícia Prende bandido com fuzil AR-15 e Audiência de Custódia o Solta no mesmo dia*. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/policia/2019-01-21/audiencia-de-custodia.html>. Acesso em: 18 jul. 2019.

VILLLA, Marco Antônio. *A História das Constituições Brasileiras*. 1ª ed., São Paulo: Editora Leya, 2011. p. 83.