

“LEI ANTICRIME”: UMA LEITURA POSSÍVEL A PARTIR DO GARANTISMO JURÍDICO-PENAL

“ANTICRIME LAW”: POSSIBLE READING FROM CRIMINAL GUARANTEEISM

Ana Cláudia Bastos de Pinho

Doutora e Mestre em Direito pela UFPA. Professora da UFPA.

Promotora de Justiça.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3470653249189577>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5050-2840>

acpinho9@gmail.com

José Edvaldo Pereira Sales

Doutor e Mestre em Direito pela UFPA. Promotor de Justiça.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4628324395457354>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4329-7292>

josepsales@gmail.com

RESUMO

O artigo objetiva apresentar, de modo geral, o contexto de elaboração e publicação da “Lei Anticrime” para situar suas alterações legislativas no Direito Penal e Processual Penal brasileiros, a fim de investigar os níveis de compatibilidade com o garantismo jurídico-penal proposto por Luigi Ferrajoli por ser uma teoria consistente, comprometida com os direitos e garantias fundamentais e fundada num modelo de Constituição rígida como é a Constituição brasileira de 1988.

Palavras chave: “Lei anticrime”. Garantismo jurídico-penal. (In)compatibilidades.

ABSTRACT

The article aims to present, in general, the context of elaboration and publication of the “Anti-crime Statute Law” to situate its legislative changes in the Brazilian Criminal and Procedural Criminal Law in order to investigate the levels of compatibility with the criminal guaranteeism proposed by Luigi Ferrajoli for being a consistent theory, committed to fundamental rights and guarantees and founded on a rigid Constitution model such as the Brazilian Constitution of 1988.

Keywords: “Anticrime Law”. Criminal guaranteeism. (In)compatibilities.

Que leituras são possíveis fazer do pacote anticrime? Que impactos a agora Lei 13.964, de 24/12/2019, trouxe ao sistema penal, processual penal e de execução penal brasileiros? O que, de fato, a doutrina - seriamente comprometida com o Estado Democrático de Direito, desenhado pela CRFB/88 - tem em mãos para seguir em sua árdua tarefa de crítica e refundação dos alicerces teóricos sólidos para o acertamento dos casos penais e a resolução da vida de pessoas de carne e osso? Como a cultura penalista conservadora (que fez pacto de sangue com os Códigos fascistas de 1940 e 1941) e os atores jurídicos (sobretudo juízes e membros do Ministério Público), que lhes são caudatários, estão recebendo as mudanças, algumas das quais (sobretudo as de cunho processual) tidas por muitos como “garantistas” (as aspas, aqui, são necessárias) e incentivadoras da impunidade?

Para enfrentar, ainda que brevemente, as questões acima apontadas, o presente artigo optou por uma leitura possível, dentre várias: o garantismo jurídico-penal, de **Luigi Ferrajoli**. A razão da escolha se assenta, basicamente, em dois pontos: i) trata-se de uma densa formulação teórica, totalmente fundada em bases democráticas e condizente com sistemas de Constituição rígida, como o nosso; ii) o contexto italiano dos anos 70 pode ser ao nosso comparado, já que teve como cenário uma legislação penal e processual penal de emergência (que veio à lume sob a justificativa de “combate ao terrorismo”).¹ Isso mobilizou a cultura jurídica de orientação progressista, que se empenhou na reafirmação do primado dos direitos individuais em face às pretensões de poder do Estado. Dentre esses juristas se destacou **Luigi Ferrajoli**, cujo emblemático *Diritto e Ragione*,² deu conta de formatar um modelo analítico-teórico de Direito e Processo Penal, em resposta ao arbítrio e a qualquer forma de violência (tanto a advinda do crime, quanto a gerada pelas penas, formais ou informais). Nas palavras do professor da Universidade de Roma Tre, **Dario Ippolito**, “è in tale contesto che la parola garantismo passa a designare la dottrina liberal del diritto penale”.³

Os parágrafos que seguem objetivam, ao lado das relevantes publicações já disponíveis a respeito da “Lei Anticrime”, apresentar algumas reflexões em torno das principais mudanças introduzidas pela nova lei, para - a partir do garantismo jurídico-penal - investigar, ainda que sucintamente, o nível ou os níveis de teor garantista por que passam, agora, o Direito Penal e Processual Penal brasileiros. Ou se, do con-

trário, o SG (Sistema Garantista) continua totalmente comprometido e ameaçado pelas velhas práticas inquisitivas e punitivistas.

É possível iniciar nossa problematização a partir do pano de fundo do “pacote”. Tratou-se de uma proposta de lei emergencial, conjuntural, que pareceu muito mais um arroubo individualista de seu criador (o então - agora ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública e ex-Juiz Federal, Sérgio Fernando Moro) do que propriamente o fruto de um debate qualificado com setores importantes da sociedade, com as Instituições que compõem o sistema de justiça criminal e, sobretudo, com a academia. Em verdade, sequer a lei veio acompanhada de justificativa!

A ideologia do “pacote”, como não poderia deixar de ser, acompanhou a sanha punitivista. Aumento de penas, corte de garantias, mais elasticidade às medidas constritivas. Tudo isso sob o pretexto de “combater a criminalidade” (o próprio “Anticrime” já revela sua pretensão audaciosa; como se a legislação que lhe antecedeu de algum modo tenha sido “a favor do crime”) e, sobretudo, limpar definitivamente o país da chaga da corrupção, já que - como dito diversas vezes pelo pai do “pacote” - a ideia era, exatamente, ampliar aquilo que ele já havia feito quando ocupava o cargo de Magistrado e conduzia, sob sua batuta, a chamada “Operação Lava Jato”. Em suma: o “pacote” seria a realização legislativa dos desejos pessoais de seu proponente acerca de como deve ser a aplicação da justiça criminal no Brasil.

Por evidente que nosso sistema de legislação criminal precisa ser revisado! Não é de hoje que a academia aponta fissuras na legislação penal pátria e verbaliza a necessidade urgente de adaptá-la ao projeto democrático inserido pelo sistema de garantias da Constituição. Vozes, infelizmente, inaudíveis, bradam quase no vazio ou para si próprias, eis que todas as alterações pelas quais vêm passando os diplomas legais em matéria penal, desde 1988 (a começar pela emblemática Lei dos Crimes Hediondos, de 1990) caminham no sentido diametralmente oposto, isto é, insistem na adoção de uma política criminal de intervenção máxima, com incremento de penas e amputação de garantias, sempre embalada pelo discurso falacioso da “contenção da criminalidade”.

Como assinalado acima, com o “pacote” não foi diferente! É mais do mesmo. Cria-se a emergência, impõe-se o discurso de necessidade

de mais punição e, na sequência, modifica-se a legislação (por todos, Zaffaroni). Esse é ciclo!

Se em 1990, o grande vilão foi o crime “de rua” - com o tráfico de drogas, o latrocínio e a extorsão mediante sequestro encabeçando a lista -, em 2019 foi a corrupção que ocupou a cena e serviu de privilegiado material retórico para agudizar o discurso do “combate ao inimigo”. Repise-se que a recente alteração legislativa veio da pena solipsista do então (agora ex) Ministro da Justiça que, reiteradamente e sem qualquer pudor, se colocou de forma clara na posição de “combatente”, quando ainda exercia a Magistratura, esquecendo que, num devido processo legal (*due process of law*) são a acusação (Ministério Público) e a defesa (acusado) que se digladiam. Jamais, o juiz!

Mas, nem tudo seguiu os rumos inicialmente previstos e eis que o “pacote” acabou por sofrer um grave “golpe” no Poder Legislativo: a proposta de um modelo acusatório de Processo Penal tão ansiado pela academia! Ou seja, a “Lei Anticrime” não é de todo condenável, graças aos poucos, embora gigantes, méritos que lhes foram atribuídos por conta das modificações introduzidas no Congresso Nacional, sobretudo nesse ponto do sistema processual penal. De resto, uma parte expressiva do seu texto, continua a manter (e a piorar) o Direito Penal brasileiro no que se refere ao punitivismo e o recrudescimento da intervenção penal.

Porém, apesar desses consideráveis avanços no âmbito processual, a mentalidade inquisitória reinante não deixou por menos... eis que, a nova lei - nesse particular - foi alvo de críticas de entidades de classe representativas da Magistratura e do Ministério Público, e objeto de decisão, de 22 de janeiro de 2020, da lavra do Ministro do STF, Luiz Fux, proferida nas ADIs 6.298 (proposta pela AMB), 6.299, 6.300 e 6.305 (proposta pela CONAMP), que, dentre outros aspectos, suspendeu a implantação do juiz das garantias e seus consectários, a saber, os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal, e, também, a alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, *caput*, Código de Processo Penal).

Ou seja, o que de melhor a lei poderia ter trazido, ficou - por enquanto - apenas no papel!

Quanto ao aspecto penal (Código Penal e legislação extravagante), a “Lei Anticrime” trouxe agravamentos, como, por exemplo, a ampliação da hipóteses de legítima defesa (parágrafo único do art. 25 do CP), o tempo de cumprimento da pena, que agora é de 40 (quarenta) anos (art. 75 do CP) e não mais 30 anos, maior restrição para concessão de livramento condicional (Inciso III, art. 83 do CP), restrição para o transcurso do prazo prescricional (art. 116 do CP), hipóteses de majoração da pena no crime de roubo (§ 2º e § 2º-B do art. 157 do CP).

Dessa breve radiografia, conclui-se que seguimos tendo remendos e um amontoado totalmente desconexo de leis em matéria penal. Como pode, uma mesma lei, estabelecer o juiz de garantias e se preocupar com a criação de limites ao decisionismo penal (como, por exemplo, na nova disciplina da prisão preventiva) e, ao mesmo tempo, aumentar para 40 anos o tempo da pena de prisão? Aliás, uma das questões suscitadas e acolhidas na decisão liminar do Ministro Luiz Fux foi a ausência de estudos e impactos orçamentários para despesas que seriam decorrentes da lei como o juiz de garantias, mas, perguntamos, houve algum estudo a respeito dos custos decorrentes da elevação do tempo máximo de prisão em 10 (dez) anos? Certamente não!

Luigi Ferrajoli propõe a *reserva de código* como solução para essa crise gerada pela inflação legislativa assistemática, que acaba por comprometer os princípios garantistas e, em última análise, o próprio Estado Democrático de Direito, já que enfraquece a separação de poderes (o legislador não segue qualquer limite racional na fabricação das leis, esquecendo que num modelo constitucional rígido, a lei há de ser condicionada aos princípios da Carta Política) e afrouxa o primado da sujeição do juiz à lei (que não pode ser qualquer lei, mas uma lei qualificada, isto é, constitucionalmente válida), abrindo um espaço ilimitado à discricionariedade judicial.⁴

Dito de outra forma: haveria de ter um princípio, de dignidade constitucional, segundo o qual nenhuma lei poderia ser introduzida em matéria de delitos, penas e processos penais, senão por meio de uma modificação ou uma integração - aprovada com um procedimento qualificado - do texto do Código Penal e do Código de Processo Pe-

nal. Isso seria um limite ao arbítrio do legislador.⁵

À parte esse necessário constrangimento formal, que diz com a exigência qualificada de aprovação de qualquer lei que trate de matéria penal, para que se concentrem todas elas no conjunto dos Códigos Penal e de Processo Penal, subjaz uma outra exigência, mais importante, que diz, com o aspecto material dessa legislação, que deve primar pela coerência interna e sistematização do arcabouço legislativo, sempre em consonância com os princípios liberais/garantistas, que - no Brasil - encontram-se consignados na Constituição (legalidade, ofensividade, materialidade da ação, retributividade, etc).

É bem verdade - e **Ferrajoli** admite isso, claramente - que o SG é ideal (situa-se no nível do “dever ser”). Isto é, nunca será totalmente realizável. Os sistemas penais são mais ou menos garantistas conforme satisfaçam ou não os requisitos ou pressupostos do Sistema Garantista (SG), que deve sempre ser tido como um modelo ideal, a ser alcançado, tanto no âmbito penal quanto processual penal. Os axiomas garantistas apresentados por **Ferrajoli** para o Sistema Garantista (SG)⁶ sintetizam, no âmbito penal (os seis primeiros) e no âmbito processual penal (os quatro derradeiros), os parâmetros necessários para a caracterização de um modelo penal ou processual penal mais ou menos garantista.⁷

É certo que o direito penal e processual brasileiros precisariam avançar muito e passar por graves mudanças substanciais, estruturais (quem sabe por meio de uma reserva de código?) para que se libertassem dessa origem autoritária, rumo a um resgate liberal, em direção a um modelo que se aproxime do idealizado por **Ferrajoli** na sua formulação teórica - o garantismo jurídico-penal.⁸

A “Lei Anticrime” é, claramente, uma lei de emergência, demagógica e conjuntural (como foram muitas de suas antecessoras - por todas, a lei de crimes hediondos). Não corrigiu as assimetrias do nosso sistema, pelo contrário, agudizou-as. Não conferiu coerência ao Direito e ao Processo Penal, pelo contrário, demonstra-se paradoxal em vários aspectos. E, por fim, ficou - em muitos pontos - longe de submeter-se aos ditames da Constituição.

A mentalidade inquisitória⁹ é tão presente entre nós, que a parte mais louvável da lei - e que poderia aumentar consideravelmente seu nível de garantismo - foi rechaçada (teve sua eficácia suspensa, indefinidamente) por uma decisão monocrática de um Ministro da Suprema Corte do país! Ao fim e ao cabo, a cultura penalista conservadora e as entidades de classe das Instituições ligadas à Justiça Criminal (sobretudo, Magistratura e Ministério Público), com o beneplácito do STF, conseguiram sufocar a maior tentativa da “Lei Anticrime” de sepulturar o modelo autoritário de Processo Penal.

E o mais interessante de se notar é que isso foi feito tendo como discurso de fundo a célebre máxima da “impunidade” e do “garantismo” (mal compreendido e levemente atacado), como se respeitar as regras do jogo democrático para punir alguém fosse um atentado contra o “combate ao crime”.

Como diz **Ferrajoli**, o garantismo é um modelo ideal. Há níveis. Quanto mais satisfeitas a estrita legalidade (legalidade material, taxatividade, ofensividade, retributividade, etc) e a estrita jurisdicinalidade (imparcialidade do juiz, carga da prova à acusação, presunção de inocência, etc),¹⁰ mais certeza (ao invés de poder) haverá nas decisões e, consequentemente, mais garantista ela será (cognoscitivismo preponderando ao decisionismo¹¹).

De outra banda, quanto menos se observar os princípios, quanto menos se constranger o julgador (constrangimentos formais, materiais, hermenêuticos), quanto menos o Ministério Público assumir seu papel de parte, quanto menos o juiz compreender sua posição imparcial (*terzietà*), menos garantista será a decisão.

A “Lei Anticrime” pode(ria) ser uma esperança a uma elevação no nível de garantismo legislativo presente no direito processual penal brasileiro. Afinal, vivemos um tempo em que obviedades precisam ser ditas.

Insistimos: há na nova lei importantes modificações, que atingem a espinha dorsal do processo penal brasileiro. E não é preciso dizer muito para chegar a essa conclusão, pois está afirmado claramente que a estrutura do processo penal é acusatória; logo, todo o direito

processual penal brasileiro deve (obrigatoriamente, para ser redundante) ser lido a partir do princípio dispositivo e não mais do inquisitivo. Essa mudança é interpretativa (abrangente) e deve produzir de imediato e com efeitos, ao longo do tempo, uma alteração na mentalidade (o modo como é lido, visto e trabalhado) dos que labutam com o direito processual penal, ocasionando a revisão de diversos dispositivos que não foram alcançados (textualmente) pelas recentes mudanças no intuito de compatibilizá-los com o modelo acusatório (leia-se com a CRFB/88).

Porém, a postura ardua do STF, ao suspender a eficácia desse núcleo acusatório do sistema processual, demonstra que não há qualquer interesse em se mover o ponteiro do termômetro garantista.

Leis conjunturais, de emergência e demagógicas nunca foram solução. Pelo contrário, no Brasil, subvertem, comprometem, colocam em risco as poucas conquistas alcançadas depois de mais de trinta anos de redemocratização. A "Lei Anticrime", ao fim e ao cabo, é mais do

mesmo. E nem poderia se esperar muito dela, não é? Desde seu nascedouro, já dizia a que vinha. Passou como um trator sobre as propostas de reforma do Código Penal (PLS 236, de 2012) e do Código de Processo Penal (PL 8.045/2010), que, provavelmente, continuarão esquecidas, aguardando mais outro "coelho da cartola" lhes furar a fila...

A nossa velha desculpa de que "não adianta mudar a lei, se a mentalidade de quem opera com ela não mudar" precisa ser repensada. Não podemos depender e ficar à mercê das mentalidades de uns e outros. Não podemos estar sujeitos a posturas voluntaristas, ao "querer" ou "não querer". Num modelo em que a Constituição impõe princípios (que são, pois, normativos e vinculativos), a lei - para além de condicionante - há de ser condicionada. E ela, somente ela, pode constranger voluntarismos. Por evidente, não pode evitar, mas pode, e pode muito, limitar. Tanto isso é verdade, que estamos - a essas alturas do campeonato - implorando que as coisas estejam na lei, com todos as letras! E, sobre isso, o garantismo jurídico tem toda a razão e tem muito a nos dizer... basta ter ouvidos para ouvir!

Notas

- 1 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2000. p. 815.
- 2 FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 10. ed. Roma: Gius. Laterza & Figli, 2011.
- 3 "É em tal contexto que a palavra garantismo passa a designar a doutrina liberal do direito penal"(tradução livre). IPPOLITO, Dario. *Lo spirito del garantismo: Montesquieu e il potere di punire*. Roma: Donzelli editore, 2016. p. 10.
- 4 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 225-226; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 375-379.
- 5 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 227.
- 6 "A1 *Nulla poena sine crimine*, o princípio de retributividade. A2 *Nullum crimen sine lege*, o princípio de estrita legalidad. A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, o princípio de economia. A4 *Nulla necessitas sine iniuria*, o princípio de lesividade. A5 *Nulla iniuria sine actione*, o princípio de materialidad. A6 *Nulla actio sine culpa*, o princípio de culpabilidad. A7 *Nulla culpa sine iudicio*, o princípio de jurisdiccionalidad. A8 *Nullum iudicium sine accusatione*, o princípio acusatorio. A9 *Nulla accusatio sine probatione*, o princípio de la carga de la prueba. A10 *Nulla probatio sine defensione*, o princípio de contradicción" FERRAJOLI, Luigi.

Referências

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, ano 30, n. 30, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 10. ed. Roma: Gius. Laterza & Figli, 2011.

Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 351.

- 7 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2000. p. 98.
- 8 Deixamos aqui de fazer críticas a supostas formulações teóricas distorcidas, como a do pretense "garantismo penal integral", o que já fizemos em outra ocasião e para onde remetemos o leitor. O garantismo a que nos referimos ao longo do texto é o de Luigi Ferrajoli, que pode ser lido e estudado a partir de suas obras, algumas das quais indicadas nas referências, e não a "arremedos à brasileira". PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas 'críticas' Made in Brazil. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte/MG, Ed. Fórum, ano 17, n. 26, p. 155-186, jul./dez. 2019.
- 9 Vide COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- 10 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2000. p. 696.
- 11 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2000. p. 42-43.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, v. 1. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

IPPOLITO, Dario. *Lo spirito del garantismo: Montesquieu e il potere di punire*. Roma: Donzelli editore, 2016.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas 'críticas' Made in Brazil. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte/MG, Ed. Fórum, ano 17, n. 26, p. 155-186, jul./dez. 2019.

Autores(as) convidados(as)

A CADEIA DE CUSTÓDIA É CONDIÇÃO NECESSÁRIA PARA A REDUÇÃO DOS RISCOS DE CONDENAÇÕES DE INOCENTES

THE CHAIN OF CUSTODY IS A NECESSARY CONDITION FOR THE REDUCTION OF THE RISK OF CONVICTING INNOCENTS

Janaina Matida

Doutora em Direito pela Universitat de Girona (Espanha). Professora de Direito da Universidad Alberto Hurtado (Chile).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0963-1848>

jmatida@uahurtado.cl