

GARANTISMO NO PROCESSO PENAL: BREVE E PARCIAL REFLEXÃO.

Afranio Silva Jardim

Professor Associado de Direito Processual Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Livre Docente em Direito Processual. Procurador de Justiça (aposentado) no E.R.J.

Email: caniljardimsilva@caniljardimsilva.com.

Artigo recebido em 09/06/2014 sob dispensa de revisão.

Não vamos aqui questionar os fundamentos do chamado "garantismo penal", inspirado na obra de Luigi Ferrajoli. De qualquer forma, cabe salientar que a corrente de pensamento que, no Brasil, estuda o processo penal, trabalha doutrinariamente com apenas um dos aspectos do pensamento do mestre italiano. Embora seja o mais relevante, Ferrajoli não se preocupa somente com os direitos fundamentais individuais. Ele não se descarta da proteção dos direitos e interesses sociais.

Assim, nosso escopo é demonstrar que esta forma de pensar não se acomoda em uma perspectiva de "esquerda", mas sim, leva a uma concepção liberal individualista de conceber a estrutura e desenvolvimento do processo penal em nossa pátria.

A maioria dos chamados "garantistas" tem uma visão burguesa de Estado Democrático de Direito, que mais serve ao neoliberalismo, o qual pressupõe um "Estado Mínimo", inclusive e principalmente na economia, onde o "Mercado" deve regular tudo ... Estes autores dão aos chamados direitos fundamentais individuais importância quase que exclusiva, desprezando os direitos fundamentais sociais.

Ao ler muitos destes autores, recordo-me da campanha empresarial, veiculada pela mídia, (grandes empresas também), contra a carga tributária no Brasil. Procuram demonstrar que o Estado é o "inimigo" de todos e ele não deve gastar seus ativos e atuar na economia para que não necessite angariar recursos através dos tributos. Ao invés do "Direito Penal do Inimigo" do professor alemão Günter Jakobs, temos o "Processo Penal do Estado Inimigo"...

Se bem prestarmos atenção, vamos ver que tudo isto está contaminado pelo chamado neoliberalismo, inclusive o pensamento jurídico em geral no Brasil. Não é por outra razão que constantemente são invocados renomados filósofos da América do Norte e outros de matizes indiscutivelmente individualista.

No processo penal pátrio, já se encontra alguma influência do sistema processual penal dos Estados Unidos, falando-se de um processo "adversarial", o que leva ao que chamamos de "fundamentalismo do sistema acusatório". O processo é concebido como "coisa das partes", que nos faz lembrar a estrutura do processo penal ateniense, da Grécia antiga. O juiz penal é absolutamente inerte, como se o Estado não tivesse interesse de buscar um resultado correto, nada obstante a deficiência da atividade de uma das partes. Aposta-se na dúvida e incerteza, torcendo-se para que o princípio da presunção de inocência não seja afastado.

Esta corrente de pensamento combate a Teoria Geral do Processo e o caráter instrumental do processo penal. Ora a Teoria Geral do Processo é negada, ora apenas dizem não gostar dela ... Fala-se de uma teoria geral específica para o processo penal, mas não conseguem se afastar das categorias comuns às várias espécies do Direito Processual. Por vezes, trocam os nomes das categorias processuais, procurando despistar os menos avisados ...

Destarte, podemos afirmar que processo é o substantivo. Penal, Civil e Trabalhista são adjetivos. Gênero e espécies. Caso contrário, caberia uma pergunta: seria correto colocar o Direito Processual Penal como espécie do Direito Penal? Retirar a teoria geral do processo penal seria um retorno ao mero procedimentalismo reinante em meados do século passado no Brasil.

Esta mesma corrente de pensamento costuma atribuir à formação autoritária de nossa sociedade o papel mais atuante do juiz em nosso processo penal. Que dizer então dos países da Europa Continental e da América Latina que adotam o sistema misto do chamado "juizado de instrução", ainda que mitigado pelas recentes reformas legislativas?

Assim, tendo em vista a estrutura mista do processo penal em vários países, precisamos ter mais cautela no chamado Direito Comparado e não importar automaticamente a doutrina estrangeira relativa ao processo penal. Talvez já tenhamos alcançado o que eles ainda estejam buscando...

Para alguns adeptos desta forma de garantismo, o artigo 28 do nosso Cod.Proc.Penal, que outorga ao juiz o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, seria fruto do autoritarismo de nossa sociedade. Da mesma forma o art.156 do mesmo código seria autoritário, pois dá ao juiz algum poder investigatório, embora supletivamente à atividade probatória das partes ... Esquecem eles que o **in dubio pro reo** é um princípio que visa socorrer o juiz no caso de dúvida inafastável, quando esgotados todos os meios probatórios disponíveis. Na ação penal condenatória, o ônus da prova é todo da acusação, como de há muito sustentamos em trabalho específico. Entretanto, tal regra de julgamento só deve ser usada quando exauridos todos os meios de prova e o juiz persistir em dúvida.

Muitos destes importantes e renomados autores atacam o impropriamente chamado "princípio da verdade real". Cabe aqui um reparo, ainda que breve. Nós não temos a ingenuidade de achar que, através do processo penal, consegue-se alcançar a verdade plena ou absoluta dos fatos. Tal princípio é o da "busca" da verdade real, dando algum poder instrutório ao juiz, embora, repita-se, supletivo à atividade probatória das partes. Para evitar este mal entendido, sugerimos mudar o nome do princípio para "**princípio da busca do convencimento do juiz**". Vale dizer, havendo possibilidade, o magistrado deve tentar afastar a dúvida e formar o seu convencimento para fazer o seu julgamento. Agora, se ele alcançou realmente a verdade dos fatos, isto é coisa que jamais saberá ...

Tais doutrinadores sustentam ainda, dentre outras questões, que a possibilidade de o juiz condenar o réu, diante do opinamento pelo Ministério Público em prol da absolvição do réu, em suas alegações finais, macula diretamente o sistema acusatório e resulta também da formação autoritária de nossa sociedade, (art.385 do Cod.Proc.Penal). Aqui cabe mais uma crítica, embora não seja nossa intenção analisar todas as afirmações desta corrente garantista (aliás, o garantismo está mais parecendo uma "religião" do que outra coisa ...). Vamos a ela.

Na verdade, o mencionado art.385 do Cod. Proc.Penal não poderia dispor de forma diferente e é resultante do princípio da indisponibilidade da ação penal pública (art.42 do Cod.Proc.Penal). O pedido de condenação não é retirado, sendo que, nas alegações finais, apenas se dá um "parecer" sobre a pretensão punitiva estatal, que está manifestada na denúncia e nela permanece. De qualquer

forma, o legislador não tem saída: a) ou obrigaria o Ministério Público a insistir sempre e sempre na condenação do réu, o que seria um absurdo; b) ou obrigaria o juiz a absolver o réu e, neste caso, a decisão seria do próprio Ministério Público, que mandaria o juiz prolatar uma decisão meramente formal de absolvição, o que seria um despautério...

Acabamos fugindo um pouco da finalidade destas breves e singelas notas. Como dissemos acima, desejamos afirmar que esta corrente de pensamento garantista do processo penal não se compatibiliza com o pensamento de esquerda, cabendo aqui rejeitar o rótulo de "esquerda punitiva", cunhado pela amiga Maria Lúcia Karam.

Para nós, que usamos as categorias marxistas para examinar todos os fenômenos sociais, o Estado é indispensável para atuar na sociedade e mitigar as diferenças entre as classes sociais, isto em um primeiro momento. Sendo democrático (aqui democracia não tem o sentido burguês de mera liberdade individual), o Estado utiliza o Direito como seu instrumento de transformação desta sociedade.

Portanto, dentro desta perspectiva, o Estado, o Direito e o juiz não são "neutros", mas existem para buscar o bem comum. Em um processo penal socialista, não cabe falar em absoluta "paridade de armas", pois o que se almeja é fazer atuar os interesses da coletividade, lógico que respeitando os direitos individuais do réu e outros valores da sociedade. Basta examinar a maneira da organização judiciária e sua estrutura nos países que tentaram ou tentam instaurar um regime socialista, que se espera democrático (não no sentido burguês da palavra). Muitas das vezes, alguns tipos de crimes são tidos como condutas contrarrevolucionárias e o sistema penal é severo em relação a eles.

Enfim, o que queremos asseverar é que pouco tem a ver a "corrente garantista" pátria com o pensamento de esquerda. Este "alibi", lhe quero retirar.

Note-se que tais fundamentos garantistas podem até ser corretos. O "pensamento de esquerda" pode até estar ultrapassado. Cada um que faça a sua opção. Nada obstante, não podemos confundir os conceitos: liberal é liberal; socialista é socialista.

Por derradeiro, vale salientar, com o grande pensador brasileiro que foi Caio Prado Junior: no mais das vezes, não é o Estado que limita a liberdade das

pessoas em sociedade. O que retira a liberdade das pessoas, em concreto, é a subordinação de umas pessoas às outras, decorrente da divisão da sociedade em classes. Em outras palavras, através de um contrato de trabalho, eu mando na minha empregada doméstica; a mim ela fica subordinada. Ela tem a liberdade burguesa para falar mal de governo o quanto deseje, mas não tem a liberdade de me contrariar...

Em resumo, o Estado democrático e popular não é o nosso inimigo; o processo penal é um instrumento necessário à aplicação da Direito Penal (que se deseja democrático). A toda evidência, a aplicação do Direito Material deve tutelar valores outros diversos, frutos do processo civilizatório. Não é valioso punir a qualquer preço. Por outro lado, a falta de eficácia do processo penal e a ineficiência das instituições do Estado de Direito só levam à desmoralização da democracia.

Junho de 2014