

DA CORRELAÇÃO BIUNÍVOCA ENTRE GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS: REFLEXÕES SOBRE O CARÁTER CONDICIONANTE DO PROCESSO EM RELAÇÃO À CULPA.²⁶⁷

THE BIUNIVOCAL CORRELATION BETWEEN CRIMINAL AND CRIMINAL PROCEDURAL GUARANTEES: REFLECTIONS ON THE CONDITIONING NATURE OF THE PROCESS IN RELATION TO GUILT.

Daniel Prates Sternick

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS. Bacharel em Direito pela PUC Minas. Advogado criminalista. E-mail: d.sternick@hotmail.com

Michel Wencland Reiss

Doutor em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG. Professor da Faculdade de Direito da ESDHC. Advogado criminalista. E-mail: michelwreiss@gmail.com

RESUMO: O presente artigo busca analisar o sétimo axioma do sistema garantista formulado por Luigi Ferrajoli, *nulla culpa sine iudicio*, com a finalidade de verificar tanto a relação condicional existente entre diversos tipos de garantias quanto o grau de ineficácia sistêmica gerado pela quebra de uma garantia. Inicia-se com uma exposição teórica do duplo sentido do princípio da jurisdicionabilidade ou da submissão à jurisdição, extraído a partir do axioma, subdividido na submissão à jurisdição em sentido amplo, isto é, o juízo como exigência das garantias penais, que necessitam de um processo para que sejam concretizadas e efetivadas, e na submissão à jurisdição em sentido estrito, ou seja, a organização do juízo a partir do viés cognitivista próprio do

garantismo, em privilégio à estrutura acusatória que deve orientar o processo penal que se queira democrático. Em suma, afirma-se tanto a necessidade de um processo para efetivação das garantias penais quanto a regência desse processo por garantias outras que o permitam constituir de fato um juízo de comprovação. Segue com uma abordagem acerca da correlação existente entre os complexos de garantias de ordem penal e processual penal, ressaltando a condição recíproca de efetividade que um representa para com o outro e afirmando a expressão de continuidade que ambos manifestam entre si a partir do nexos que se constata entre eles. Após, será preciso apresentar as linhas gerais daquilo que seria uma estrutura acusatória de

²⁶⁷ Artigo recebido em 21/03/2024 e aprovado em 11/10/2024.

processo penal, apontando as principais garantias a serem observadas em tal sistema. Assim, partindo do modelo garantista ideal e mais especificamente da correlação que ele impõe, pretende-se demonstrar como não só a culpa, mas todo um emaranhado de garantias penais a ela inerentes são condicionados pelo respeito ao devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema garantista; Submissão à jurisdição; Garantias fundamentais; Correlação biunívoca.

ABSTRACT: The present article seeks to analyze the seventh axiom of the guarantee system formulated by Luigi Ferrajoli, *nulla culpa sine iudicio*, in order to verify both the conditional relationship between different types of guarantees and the degree of systemic ineffectiveness generated by the breach of a guarantee. It begins with a theoretical exposition of the double meaning of the principle of jurisdictionality or submission to jurisdiction, extracted from the axiom, subdivided into the submission to jurisdiction in the broad sense, i.e., the court as a requirement of criminal guarantees, which need a process in order to be concretized, and submission to jurisdiction in the strict sense, i.e., the organization of the court based on cognitivist bias proper to the guarantee system, in favour of the accusatory structure that should guide a criminal process that wants to be democratic. In short, affirms both the need for a process to make criminal guarantees effective and the need for this process to be governed by other guarantees that

allow it to actually constitute a judgement of proof. This is followed by an approach about the correlation between the complex of criminal and criminal procedural guarantees, emphasizing the reciprocal condition of effectiveness that one represents for the other and affirming the expression of continuity that both manifest among themselves based on the link that can be seen among them. After that, it will be necessary to present the general lines of what would be an accusatory structure of criminal procedure, pointing out the main guarantees to be observed in such a system. Thus, starting from the ideal guarantist model and more specifically the correlation it imposes, the aim is to demonstrate how not only guilt, but a whole tangle of criminal guarantees inherent to it, are conditioned by respect for the due process of law.

KEYWORDS: Guarantee System; Submission to Jurisdiction; Fundamental Guarantees; Biunivocal Correlation.

INTRODUÇÃO

A mera previsão normativa de direitos e garantias fundamentais não necessariamente significa a sua observância na prática. Aliás, ao menos no contexto brasileiro, parece que o simbolismo normativo vem se tornando praxe, sendo cada vez mais comum nos depararmos com um direito normativamente previsto sem, contudo, qualquer manifestação concreta na realidade social.

Reconhecendo essa discrepância, propõe-se a analisar o

sistema garantista, delineado por Ferrajoli na sua obra *Direito e Razão*²⁶⁸, sob o liame existente entre os seus diferentes complexos de garantias. Para tanto, deve-se expor o axioma *nulla culpa sine iudicio*, responsável pela associação da face substancial do sistema com a sua face processual.

Primeiro, o foco será apresentar detalhadamente o axioma, traduzido no princípio da jurisdicionariedade ou submissão à jurisdição, pormenorizando as nuances surgidas a partir do seu duplo sentido. Depois, considerando a insuficiência de um complexo de garantias penais sem o respaldo de um correlato processual, passa-se à análise da correlação entre garantias penais e processuais penais, frisando a significação que tais complexos externam para com o sistema garantista. Com efeito, faz-se necessário abordar como as garantias penais e as garantias processuais estruturam-se, respectivamente, a partir do princípio da legalidade e do princípio da jurisdicionariedade. Espera-se, ao final, ter demonstrado que tal correlação nada mais é do que “o reflexo do nexos específico entre lei e juízo em matéria penal”²⁶⁹.

Uma vez fixado como ambos os complexos de garantias se retroalimentam dentro de uma correlação biunívoca, coloca-se a seguinte indagação: o que significa, para o complexo de garantias penais, a

violação de uma correlata garantia processual? A despeito das aparentes similitudes, não se pretende debater os chamados graus de garantismo²⁷⁰; o que se pretende é analisar, a partir da interdependência entre os complexos de garantias, como se faz necessário balizar um modelo acusatório de juízo para que as garantias penais sejam concretizadas, dada a relação condicional que possuem.

1. NOTAS EXPLORATÓRIAS ACERCA DO GARANTISMO PENAL

Enquanto filósofo do Direito cujas matrizes teóricas perpassam o constitucionalismo, o positivismo jurídico e o liberalismo político, é possível dizer, a despeito do risco de reducionismo, que a obra de Ferrajoli é motivada a partir de uma visão dúplice na relação Estado-indivíduo: de um lado, figura a minimização e a limitação dos poderes estatais e, de outro, a maximização do indivíduo e de seus direitos e garantias em face do Estado.

Tal constatação é necessária porquanto o garantismo não se associa tão-somente à esfera penal²⁷¹; esta foi erigida pelo autor na obra *Direito e Razão* como um campo privilegiado de análise. A razão de ser dessa escolha pode ser encontrada no fato do Direito Penal constituir o “mais sensível termômetro

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 432.

²⁷⁰ Sobre isso: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 79 e ss.

²⁷¹ Atualmente fala-se, conforme o faz FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. UNAM, v. 34, 2006, p. 10, em diferentes tipos de garantismo, a saber: liberal, patrimonial e social.

da feição política do próprio Estado”²⁷², dado que sabidamente sensível às garantias do indivíduo perante o furor punitivo estatal.

A face penal do garantismo pode ser traduzida na definição de um sistema ideal de garantias cujo escopo reside na fixação de condições necessárias para que se permita o exercício do poder punitivo.²⁷³ Dito sistema é inicialmente exposto a partir de dez axiomas fundamentais que constituem um método de controle objetivo da intervenção penal ao estruturar todo um conjunto de técnicas que visam disciplinar e limitar o poder de punir exercido pelo Estado.²⁷⁴ O que se pretende “não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva.”²⁷⁵ Edifica-se toda a formulação do garantismo penal com base no escopo de minimização do poder punitivo; trata-se um modelo teórico-normativo de contenção da intervenção punitiva por meio de limites impostos tanto à previsão legal dos crimes, pelas garantias penais, quanto à

comprovação destes em juízo, pelas garantias processuais.²⁷⁶

Nota-se, ainda, que os axiomas, enquanto componentes de um modelo normativo, possuem natureza deontológica e podem ser entendidos como proposições prescritivas, isto é, “não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer”²⁷⁷. Ademais, ainda que não ostentem relação direta de derivação, os axiomas são sistematicamente concatenados de tal sorte a configurar uma relação de continuidade do anterior para com o seu subseqüente, representando, cada um deles, uma *conditio sine qua non* para a afirmação da responsabilidade penal.

Tal expressão de continuidade entre os axiomas permite que o sistema garantista seja arquitetado de modo a abranger tanto as garantias penais, pensadas a partir da estrita legalidade, quanto as garantias processuais penais, pensadas a partir da estrita jurisdicioriedade, privilegiando a relação estreita entre elas. Por isso, ainda que o foco seja a análise das garantias relativas ao processo, será preciso perpassar pela temática das

²⁷² BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do Direito Penal. *RIFE*, Bauru, v. 40, n. 45, p. 211.

²⁷³ Abordar-se-á o garantismo penal enquanto modelo normativo, mas isso não o esgota: Ferrajoli também o trata como uma teoria jurídica da validade e efetividade das normas (“ser” e “dever ser” *no* Direito), cujas ponderações em parte condizem com o escopo deste artigo, e como uma doutrina de filosofia política que pressupõe a separação entre Direito e Moral (“ser” e “dever ser” *do* Direito). Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 683 e ss.

²⁷⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 74-75: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine iudicio*; A8 *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*.

²⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 74.

²⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 10-19.

²⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 74.

garantias penais para que a abordagem não resulte incompleta.

2. A DUPLA IMPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA JURISDICIONARIEDADE

O princípio da submissão à jurisdição, ou jurisdicioriedade, espelha-se no axioma *nulla culpa sine iudicio* e constitui a principal garantia processual, visto que configura o pressuposto de todas as demais. Tal princípio exige, para sua concretização, duas condições distintas que representam, em última análise, a dupla dimensão a partir da qual subdivide-se a jurisdicioriedade.

A primeira condição é descrita como a verificabilidade da hipótese acusatória colocada à tutela jurisdiciorial, o que pressupõe, ao juízo, um caráter recognitivo da lei e cognitivo dos fatos regulados por ela²⁷⁸. Para que isso aconteça, é essencial que a descrição unívoca de um fato criminoso ocorra para além da lei, exigindo-o igualmente da hipótese acusatória. Na medida em que a acusação descreve precisamente tal fato e o submete à análise do juízo, mais do que subsumir o fato à lei, se permite que o fato narrado seja suscetível de prova.²⁷⁹ A segunda condição trata da comprovação empírica da acusação: submete-se a hipótese acusatória e os fatos que dela

constam à refutação, isto é, à possibilidade de contraprova²⁸⁰. Por meio dessa condição, descortina-se um processo penal de comprovação.²⁸¹

Por meio dessas ponderações, Ferrajoli busca subdividir a jurisdicioriedade a partir de uma dupla dimensão, em sentido lato e em sentido estrito, haja vista traduzirem premissas distintas:

Em sentido lato, pode ser expressa pela tese T72 "nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio"-, em sentido estrito, pela tese T63 "nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione". Com base no primeiro princípio o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais; com base no segundo, por sua vez, é requerido o conjunto das garantias processuais ou instrumentais.²⁸²

Mesmo que este artigo não se preste a analisar, uma a uma, as garantias penais, é necessário compreender como a sua estruturação a partir da estrita legalidade se relaciona com as garantias processuais. De antemão, deve estar claro que Ferrajoli também subdivide a legalidade penal

²⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 31-33.

²⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 32.

²⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 101: "Somente se o tema do juízo consistir em um fato empírico taxativamente determinado em todos os seus elementos constitutivos – a ação,

o resultado, a culpabilidade – pode ser objeto de prova no sentido estrito, assim como de comprovação contraditória e imparcial."

²⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 32.

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 432.

em dois sentidos distintos, assim como o faz com a jurisdicionariedade. No sentido lato, ou mera legalidade, vislumbra-se a reserva relativa da lei, isto é, a exigência da lei como condição necessária tanto da pena quanto do crime²⁸³. Já no sentido estrito, ou estrita legalidade, trata-se de condicionar a validade da lei à observância de todas as demais garantias²⁸⁴, constituindo, dessa maneira, a sua reserva absoluta.²⁸⁵ Trata-se, afinal de contas, de uma sujeição à Constituição e seus parâmetros fundamentais²⁸⁶, considerando-se superada, nesse contexto, qualquer espécie de sujeição acrítica à lei.²⁸⁷

Eis, aqui, as primeiras linhas da relação umbilical existente entre as garantias penais e processuais penais, visto que estas últimas revelam-se como condicionantes para a efetividade das primeiras e também restam esvaziadas na ausência delas; afinal, sem limites preestabelecidos, o que se tem é um juízo arbitrário. Assim, ao

condicionar a lei penal às demais garantias, a estrita legalidade representa uma verdadeira condição de legitimidade daquela e permite, por meio da taxatividade do seu conteúdo, um controle empírico da decisão penal com base na precisão dos pressupostos típicos²⁸⁸. É dizer que a estrita legalidade, ao conformar todas as garantias de natureza penal, permite a verificabilidade dos tipos penais em abstrato por meio da denotação taxativa de seus elementos.²⁸⁹

Tem-se, ainda, a estrita jurisdicionariedade enquanto possibilidade de verificação dos tipos penais em concreto, o que só ocorre na presença da estrita legalidade; caso contrário, não há possibilidade de verificação jurídica²⁹⁰, até porque “só a rígida determinação semântica dos pressupostos legais da pena (...) permite conceber o processo como juízo baseado na prova empírica dos fatos predeterminados”²⁹¹. Em outras palavras, “legalidade estrita e estrita

²⁸³ Pode ser traduzida a partir da máxima *nulla poena, nullum crimen sine lege*.

²⁸⁴ Pode ser traduzida a partir da máxima *nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*.

²⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 76-78.

²⁸⁶ Em outras palavras, FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la Democracia. Madrid: Trotta, 2011, p. 299: *En el estado de derecho también el poder legislativo se subordina al derecho; más precisamente, a la constitución como norma de reconocimiento del derecho válido, y no sólo en lo relativo a las formas previstas para su producción sino asimismo en lo que hace a los contenidos producidos*.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 26.

²⁸⁸ Sem essa taxatividade, acusação e defesa seriam meramente argumentáveis, mas não verificáveis, pelo que seria inviável cogitar-se em qualquer verificação jurídica. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 79.

²⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 77.

²⁹⁰ Por isso FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 79 afirma que somente a partir da estrita legalidade pode-se falar em verificação probatória e contestação defensiva em sentido estrito, pois, sem ela, as versões aventadas não seriam verificáveis e contestáveis, impossibilitando aquilo que o autor chama de *decidibilidade da verdade processual*.

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 484. De maneira parecida, na página 79, o autor

jurisdicionariades resultam, assim, mediadas e conectadas, a primeira como pressuposto da segunda, pelo princípio cognitivo da significação normativa e da certeza probatória”²⁹².

As garantias penais serão tanto efetivas quanto mais os pressupostos típicos forem objeto de um juízo imparcial e controlável.²⁹³ É dizer que, sem o processo, as demais garantias se mostram ineficazes e até mesmo ilusórias.²⁹⁴ Entre as garantias penais e processuais penais, existe, portanto, uma correlação de ordem biunívoca.²⁹⁵

Conclui-se, dessa maneira, que as garantias penais e processuais penais se mostram inviabilizadas e perdem sentido na ausência uma das outras: elas “valem não apenas por si mesmas,

mas, também, como garantia recíproca de efetividade”²⁹⁶. Isto posto, resta perceptível o encadeamento presente entre os axiomas e as garantias deles decorrentes, de modo que o enfraquecimento de uma influirá nas demais e, conseqüentemente, no sistema como um todo.²⁹⁷

Na linha investigativa que propõe este artigo, afirma-se, desde já, a insuficiência de se cogitar qualquer estruturação garantista sem o respaldo de um modelo processual acusatório que trate com um mínimo de tangibilidade as garantias penais. Não há sentido falar-se em reserva legal se a aplicação judicial for revestida de arbitrariedade; tampouco em precisão típica com acusação vaga e imprecisa;

aduz que “a falta de taxatividade das previsões legais e de decidibilidade da verdade processual comporta uma contaminação subjetivista dos pressupostos de fato da pena e, em consequência, um enfraquecimento de todas as demais garantias”.

²⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 77.

²⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 432.

²⁹⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 95.

²⁹⁵ Explicando a correlação biunívoca a partir de três planos distintos, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 432-433: “No plano lógico, antes de tudo, estrita submissão à jurisdição e estrita legalidade se pressupõem alternadamente, e valem conjuntamente para garantir – e não só para definir – o caráter cognitivo de um sistema penal (...). No plano teórico, além disso, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe, necessariamente, como condições de prova, as garantias da materialidade, da ofensividade e da culpabilidade, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é por elas

pressuposta. Por fim, no plano teleológico, legalidade e submissão à jurisdição são complementares no que respeita à função utilitária da prevenção geral que é própria do direito penal. Precisamente, enquanto o princípio da legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas.”

²⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 432.

²⁹⁷ De forma resumida, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 83, aponta que “não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo 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.” No mesmo sentido, LOPES JR., Aury. *A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal*. *RIACP*, v. 2, p. 11-33, 2001, p. 18.

ou em aferição de culpa sem contraditório e ampla defesa. Enfim, não há garantia penal que subsista sem a tutela do devido processo legal, pensado aqui a partir da sua estrutura acusatória.

3. APONTAMENTOS SOBRE A ESTRUTURA ACUSATÓRIA²⁹⁸ DO PROCESSO PENAL

Sobre a jurisdicionariedade, tenha-se claro que ela exprime, em sentido lato, uma junção do axioma A7 com os axiomas referentes às garantias penais, materializando-se na tese T72; tal tese enfatiza a relação vinculante das garantias penais para com a aferição da culpa, que, por sua vez, é condicionada pelo juízo. De outro lado, a tese T63 é uma junção do A7 com as garantias processuais remanescentes – A8, A9 e A10 – e representa a jurisdicionariedade em sentido estrito, cujo escopo baseia-se no caráter cognitivista que deve nortear o juízo.

²⁹⁸ Embora se reconheça o caráter polissêmico do termo *acusatório*, o presente artigo se valerá da compreensão delineada por Ferrajoli na obra ora analisada, utilizando enquanto sinônimos expressões como estrutura, sistema ou modelo acusatório. Para os demais usos do termo, ver LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *RBDPP*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2015.

²⁹⁹ Afinal, como aduz TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 66, são as garantias processuais que determinam “que a pessoa física integrante da coletividade não [será] privada de sua liberdade, ou de outros bens a ela correlatos, sem o devido processo penal, em que se realize a ação judiciária, atrelada ao vigoroso

Resumindo, a submissão à jurisdição em sentido lato trata do juízo como exigência das garantias penais, que necessitam de um processo para que sejam concretizadas e efetivadas. Não se fala em culpa sem juízo; à culpa, somam-se as garantias anteriores, pois, ausente alguma destas, também esvazia-se o conteúdo da primeira, em razão da concatenação sistemática entre os axiomas. Por seu turno, a submissão à jurisdição em sentido estrito organiza o juízo a partir do viés cognitivista próprio do garantismo, em privilégio à estrutura acusatória que deve orientar o processo penal que se queira democrático. Em suma, de nada adianta afirmar a necessidade do processo para efetivação das garantias penais sem que este seja regido por garantias outras que o permitam constituir de fato um juízo cognitivo.²⁹⁹

Portanto, isoladamente, a submissão à jurisdição em sentido lato pode compreender um sistema inquisitório em razão da inexistência de vinculação às garantias acerca do

e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais – quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental – (...). E tudo isso, com o pleno vigor de três postulados básicos, quais sejam os atinentes à inadmissibilidade de sujeição à *persecutio criminis* sem que tenha ocorrido a prática de fato típico, antijurídico e culpável, e haja, correlatamente, indícios de autoria (*nulla informatio delicti sine crimen et culpa*); à jurisdicionalização da imposição de pena ou de medida de segurança (*nulla poena sine iudicio*); e à vedação da realização satisfativa do *ius puniendi*, provisória ou definitivamente, antes de transitada em julgado sentença condenatória (*nulla executio sine titulo*).”

modelo cognitivo a ser contemplado, ou seja, garantias relativas ao procedimento. Por isso, é possível afirmar que advém da submissão à jurisdição em sentido estrito a exigência de observância à estrutura acusatória do processo penal³⁰⁰, que constitui-se a partir de todo um complexo de garantias processuais de natureza tanto orgânica quanto procedimental.³⁰¹

Destaca-se, nas garantias orgânicas que perfazem o modelo de juiz a ser seguido pela estrutura acusatória, a separação entre o julgador e a acusação. Tal separação constitui o mais basilar elemento constitutivo do modelo acusatório³⁰², posto que “estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros”³⁰³. Diz-se, nessa

linha, que o distanciamento das figuras do juiz e do acusador deve ser tanto inicial quanto estrutural: inicial, porque o oferecimento da acusação, uma vez constatado lastro probatório quanto ao fato criminoso³⁰⁴, compete ao Ministério Público; e estrutural, pois a atribuição da iniciativa probatória deve ser observada também ao longo do procedimento. É dizer que não basta uma separação funcional se o juiz, no decorrer do processo, pode intervir em papel tipicamente persecutório e participar ativamente da produção de provas.³⁰⁵

Aliás, entende-se que o próprio sistema processual é definido a partir de um princípio unificador que o informa, seja ele inquisitivo ou dispositivo.³⁰⁶

³⁰⁰ Isso não quer dizer que jurisdiccionabilidade estrita e sistema acusatório sejam a mesma coisa, interpretação esta que, embora comum, não é correta: “(...) submissão à jurisdição estrita tem na verdade um significado mais restrito que processo acusatório”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 433).

³⁰¹ Conforme FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 433, orgânicas são “as garantias relativas à formação do juiz e à sua colocação institucional em relação aos outros poderes do Estado e aos outros sujeitos do processo”, ao passo que são procedimentais “as garantias relativas à formação do juízo, ou seja, à coleta de prova, ao desenvolvimento da defesa e ao convencimento do órgão julgante”. À título exemplificativo, como garantias afeitas ao modelo de juiz, propriamente orgânicas, cita-se, dentre outras, a independência, a imparcialidade, o juiz natural e a sua separação para com a acusação, enquanto, como garantias afeitas ao modelo de juízo, e portanto procedimentais, cita-se, dentre outras, a ampla defesa, o contraditório, o ônus da prova e a fundamentação das decisões judiciais.

³⁰² Cf., nesse sentido, MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos

Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 444: *La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (nemo iudex sine actore ne procedat iudex et officio) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.*

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 454.

³⁰⁴ Cf., *infra*, cap. 3, nota 52.

³⁰⁵ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 194.

³⁰⁶ Há quem prefira referir-se, no processo penal, ao termo “acusatório” para definir o princípio

Como a reconstrução de um fato histórico pressupõe a instrução probatória, é por meio da análise da forma pela qual tal instrução se materializa no processo que se constata o seu núcleo. Dito de outra forma, o princípio unificador é determinado pelo critério da gestão da prova, isto é, pela opção política de atribuição da iniciativa probatória às partes, no princípio dispositivo, ou ao juiz, no princípio inquisitivo.³⁰⁷ Em outras palavras, basta dizer que “a posição do juiz no processo

penal é fundante do sistema processual”³⁰⁸.

A consolidação dessa concepção alargada da separação entre juiz e acusação privilegia outra garantia orgânica indeclinável ao modelo de juiz a ser contemplado, a imparcialidade³⁰⁹, subdividida em suas vertentes subjetiva e objetiva. Na subjetiva, é algo que se verifica no “estado anímico do juiz, isto é, à ausência de prejulgamentos em relação àquele caso penal e seu autor”³¹⁰, exprimindo, dessa maneira, um “hábito intelectual e moral”³¹¹. É

unificador, que seria aquele capaz de ordenar e orientar as normas e princípios constituintes do sistema acusatório. Cf., v.g., PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 126.

³⁰⁷ Aponta-se, por tais razões, a impropriedade de se conceber um sistema “misto”, que seria resultado de uma junção de características acusatórias e inquisitórias, como alguns caracterizam o processo penal brasileiro. Todo sistema possui um núcleo fundante; ainda que, na prática, assumam um caráter “misto”, ainda assim serão idealmente definidos pela titularidade da iniciativa probatória atribuída. Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro*. RFDUFPR, Curitiba, v. 30, n. 30, 1998, p. 165; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 190-191.

³⁰⁸ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 172. Tendo isso em vista, enquanto subsistirem determinadas normativas, afirma-se que o sistema processual penal brasileiro é materialmente inquisitório, pois mesmo que a ele sejam agregados alguns elementos próprios do sistema acusatório, incluindo a função primária de produção de provas nas mãos das partes, ainda se admite, em grande medida, possibilidades probatórias ao julgador. Nesse sentido, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente*

demarcado. *RIL*, v. 46, n. 183, 2009, p. 109 e LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 189. Como exemplo dessas referidas normas, cita-se o art. 156, I e II, e o art. 385, ambos do Código de Processo Penal. O primeiro possibilita ao juiz a produção de provas, ainda que suplementar, ao passo que o segundo o permite condenar o réu mesmo com a discordância do titular da ação penal. Este último, se analisado sob a ótica da pretensão acusatória, representaria uma condenação sem invocação, arvorando-se o juiz em papel tipicamente persecutório. Sobre isso, cf. BOSCHI, Marcus Vinicius. *Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, *passim*. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 274 e ss.

³⁰⁹ Conforme registra LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 179, “é a separação de funções (e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz) que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive.”

³¹⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 99.

³¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 465. De forma semelhante, defendendo que o juiz deve ter por hábito profissional a dúvida e a imparcialidade, ver LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 355.

justamente pela dificuldade de se investigar uma condição interna do ser humano, operante no seio de sua intimidade, que se reconhece certa impossibilidade fática de verificação da imparcialidade no seu âmbito subjetivo. Com efeito, sustenta-se a dimensão objetiva como aspecto central no exame de tal garantia orgânica: trata-se da visibilidade, aparência ou estética do juiz imparcial.³¹² Isso nada mais é do que demarcar espaços estruturais de atuação e legitimidade dos sujeitos processuais, em especial do julgador, que deve se ater à sua colocação institucional no processo, sob pena de violação à imparcialidade.³¹³

³¹² O que se está afirmando é que, para além da óbvia necessidade de resguardar a imparcialidade também na dimensão interna, é preciso que haja, na dimensão externa, uma correlata estética imparcial a partir do seu lugar constitucionalmente demarcado. Isso não quer dizer, em absoluto, que o juiz não deva efetivamente ser imparcial, mas apenas parecer, senão que o contrário: “Não basta somente assegurar a aparência de isenção dos juízes que julgam as causas penais. Mais do que isso, é necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico. Trata-se aqui, talvez, de uma compreensão invertida da máxima pela qual à mulher de César não basta ser honesta. No caso, ao juiz não é suficiente parecer honesto: terá de sê-lo verdadeiramente, inclusive do ponto de vista intelectual.” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório...*, op. cit., p. 131). Assim também DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais: o Tribunal. FDUC: Coimbra, 2015, p. 12, para quem a imparcialidade “repudia o exercício de funções judiciais no processo por quem tenha ou se possa objetivamente recear que tenha uma ideia pré-concebida sobre a responsabilidade penal do arguido; bem como por quem não esteja em*

Para além das garantias orgânicas, que obviamente não se esgotam no caráter equidistante e imparcial do juiz e cuja integralidade não cabe no presente artigo, faz-se imprescindível explicar as garantias procedimentais. Afinal, fundadas na mudança de paradigma acerca da verdade perquirida no processo, são elas que moldam a estrutura acusatória do processo penal a fim de evitar a sua orientação conforme diretrizes antidemocráticas.

No modelo acusatório, pautado pela estrita jurisdicionariedade, a busca por uma verdade processual mínima³¹⁴, ou, por assim dizer, uma verdade

condições ou se possa objetivamente temer que não esteja em condições de as desempenhar de forma totalmente desinteressada, neutral e isenta.” O importante, segundo o autor, “não é tanto o facto de, a final, o juiz ter conseguido ou não manter a imparcialidade, mas sim *defendê-lo da suspeita* de a não ter conservado, não dar azo a qualquer *dúvida*, por esta via reforçando a *confiança* da comunidade nas decisões dos seus magistrados.”

³¹³ Segundo LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 104-105, sempre que “o juiz sai desse lugar de estranhamento e, descendo, se mistura na ‘arena das partes’, praticando atos típicos das partes (como é a iniciativa probatória, por exemplo), ele estruturalmente se coloca em posição de parcialidade (ou *parcialidade*, na medida em que se confunde com as partes), ferindo de morte a garantia constitucional. É uma questão estrutural, objetivamente comprovável: basta que saia do seu lugar para decretar a quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Inclusive, evidencia-se falta de uma estética (ou visibilidade) de imparcialidade.”

³¹⁴ Denota-se, aqui, a noção de *verdade processual*, tratada pelo autor como uma “verdade empiricamente controlável ou controlada, ainda que necessariamente

controlável e aproximativa, é assegurada pela presença de garantias relacionadas ao procedimento. Por isso, constituem-se em “garantias de uma *verdade* controlada pelas partes em causa e da *liberdade* do inocente contra o erro e o arbítrio.”³¹⁵ Ainda que por muito tempo a descoberta da verdade tenha constituído a principal meta a se atingir com o processo, atualmente, para além da interpretação evolutiva acerca do conteúdo e dos limites impostos a essa

reduzida e relativa” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 434). Segundo FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 54, “o único significado da palavra 'verdadeiro' (...) é a correspondência mais ou menos argumentada e aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas”. De modo semelhante, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 74, partidário da ideia de que *en el proceso no se trata de establecer verdades absolutas e inmutables sobre nada y que, por tanto, sólo tiene sentido hablar de verdades relativas*. Contrário a essas concepções de busca por uma verdade relativa no processo, entendendo ser insuficiente trabalhar sob esses termos, pois incapaz de superar o ranço inquisitório característico da busca por uma verdade real, tem-se KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, respectivamente na p. 184 e p. 186, para quem “a maquiagem conceitual da busca da verdade sob o caráter matizado, relativo ou aproximativo acaba fundamentando a continuidade da estrutura inquisitória de forma velada, subvertendo o caráter democrático exigível a um processo respeitoso dos direitos fundamentais do acusado”. O problema, segundo o autor, “reside no fato de que a utilização do paradigma da verdade correspondente no processo penal - mesmo admitida como relativa ou aproximativa - desfigura o sistema acusatório, pois ocorre um nítido afastamento em relação ao que ele deve

verdade, o processo – especialmente o penal – possui a finalidade precípua de garantir eficácia aos direitos fundamentais e impedir abusos estatais.³¹⁶ Cabe dizer, então, que os meios não são mais justificados pela suposta finalidade de busca da verdade real, mas que a virada paradigmática traduz-se no fato de que, agora, “é unicamente a natureza do meio que garante a consecução do fim.”³¹⁷

democraticamente representar.” A despeito de tal discussão, importa ressaltar que o presente artigo analisa as linhas gerais do pensamento *ferrajoliano*, cujo modelo processual abarca a ideia da verdade como correspondência, o que não significa, frise-se, uma tomada de posição pessoal sobre a (i)legitimidade da suposta busca pela verdade, qualquer que seja, no processo penal.

³¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 484.

³¹⁶ Nesse sentido, LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 58: “a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, *um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais*. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional”.

³¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 486. De forma semelhante, sustentando restrições éticas e jurídicas impostas à busca da verdade, ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 191. Defendendo a busca da verdade a partir de limites epistemológicos e políticos, DELORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos

A mais elementar das garantias procedimentais é a atribuição do ônus da prova à acusação, haja vista ser mandatária, em um Estado Democrático, a rigorosa demonstração da prova da culpa, e não da condição de inocente.³¹⁸ Em linhas gerais, essa atribuição concretiza a *presunção de inocência*³¹⁹ do acusado, que, mais do que uma garantia de natureza

processual, configura um “princípio fundamental de civilidade [e] representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.”³²⁰

A presunção de inocência constitui um “corolário lógico do fim racional do processo”³²¹ e se estrutura a

para uma antiga controvérsia. *RBCCRIM*, São Paulo, v. 177, 2021, p. 105 e ss.

³¹⁸ A distribuição do ônus da prova no processo penal segue um critério civilista, fundado na relação jurídica material, que preconiza a incumbência, ao autor, de provar o fato constitutivo do seu direito, enquanto o réu fica encarregado de provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito alegado pelo autor. No processo penal, aplica-se o mesmo critério com a seguinte adaptação: o fato constitutivo é entendido como a conduta típica (incluindo o elemento subjetivo) e a autoria. Eventuais causas de justificação e exculpação seriam fatos impeditivos e, portanto, caberia ao acusado prová-los. Todavia, acredita-se que tal adaptação não pode prosperar porquanto parte de uma premissa equivocada: a tipicidade, isoladamente, não pode ser interpretada como fato constitutivo da pretensão acusatória. Nessa linha, de forma sucinta, entende-se que o fato constitutivo deve ser entendido como o fato criminoso a ser narrado e provado pelo acusador, incumbindo a ele a prova quanto aos elementos constitutivos do crime. Para uma leitura mais aprofundada sobre o tema, ver, dentre outros: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; HORTA, Frederico

Gomes de Almeida. Do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato: análise crítica de precedente do Superior Tribunal de Justiça, *RBCCRIM*, v. 104, 2013; NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista*, *RBDPP*, v. 4, n. 1. Porto Alegre, 2018.

³¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova...*, op. cit., p. 294 critica a utilização do termo “presunção” para referir-se ao estado de inocência, pois, tecnicamente, insinua uma inexistente inversão do ônus da prova. De fato, o estado de inocência não reflete uma presunção em sentido técnico, mas “uma norma que se origina de uma valoração constitucional que condiciona a atuação de todos os agentes estatais em diversos momentos.” (TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 102). Próximo: FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *RBDPP*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, 2018, p. 152, nota 4.

³²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 441.

³²¹ LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Barbera: Firenze, 1895, p. 15 *apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 441.

partir de duas regras distintas ³²² : a primeira revela uma regra de tratamento do acusado que “exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal” ³²³ ; a segunda caracteriza-se como uma regra de julgamento a ser observada em caso de dúvida sobre fato relevante e consubstancia-se na máxima *in dubio pro reo*, atribuindo o ônus da prova integralmente à acusação e impondo

que as dúvidas sejam resolvidas em favor do acusado.³²⁴

Desse modo, denota-se como as bases epistemológicas da atividade processual penal são moldadas pela presunção de inocência a partir de um escopo de minimização da intromissão estatal na esfera individual, implicando uma maximização dos direitos fundamentais por meio da contenção racional do poder punitivo.³²⁵

³²² Nesse espeque, TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*, op. cit., p. 102-103: “A concretização do princípio da presunção de inocência se dá em duas dimensões: a) a dimensão do tratamento conferido ao indiciado ou réu (regra de tratamento); e b) a dimensão probatória (regra de juízo). A presunção de inocência revela, em primeiro lugar, uma regra de tratamento, que favorece do indiciado ao réu, desde a investigação preliminar até, e inclusive, o julgamento do caso penal nos tribunais superiores. (...) Nessa dimensão, o princípio constitucional impõe a isonomia entre o cidadão que não figura no polo passivo da relação processual penal e aquele a quem se atribui a prática de um delito. O tratamento diferenciado entre o réu e qualquer outro indivíduo só se justifica diante do reconhecimento estatal, devidamente fundamentado, da necessidade de se afastar o tratamento isonômico. (...) Todavia, a presunção de inocência representa também uma regra probatória que se exprime através da máxima latina que orienta a apreciação da prova penal: *in dubio pro reo*. Em plena sintonia com o sistema acusatório, enuncia que o monopólio estatal da titularidade da ação penal acarreta, como consequência inafastável, o ônus do Estado-parte provar todos os fatos que compõem a acusação. No processo penal, o ônus da prova (para alguns, a “carga probatória”) é todo da acusação. A defesa tem o direito à inércia, desde que o Estado não seja capaz de demonstrar a autoria, a materialidade e a culpabilidade do delito.”

³²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 442.

³²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 442. De igual maneira, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova...*, op. cit., p. 240: “diante do *in dubio pro reo*, que é a regra de julgamento que vigora no campo penal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, ao menos nos casos de ação penal condenatória.”

³²⁵ Ademais das regras de tratamento e julgamento, LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, op. cit., p. 98-99 e p. 355 subdivide a presunção de inocência em uma dimensão interna, que abrange os dois significados já expostos, e outra externa, que, compreendida para além dos sujeitos processuais envolvidos, passaria a representar um limite democrático à exploração midiática e tendenciosa do processo: “Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, op. cit., p. 99). Também abordando a dimensão extraprocessual da presunção de inocência, separando-a na dimensão atinente ao direito administrativo sancionador e às relações entre particulares, FERRER BELTRÁN,

Em suma, há de se exigir, no modelo acusatório, que a acusação, já devidamente dissociada da figura do julgador³²⁶, possua lastro probatório suficiente e válido³²⁷ e que tal lastro seja submetido à refutação mediante a observância, em um procedimento dialético, do contraditório e do direito de defesa³²⁸, entendido aqui como “uma categoria aberta, à qual devem ser imputados todos os concretos direitos de que o arguido dispõe [para] conformar a decisão final do processo”³²⁹. Pelas suas particularidades nessa seara processual, diz-se que tal direito constitui a principal condição epistemológica da prova, posto que a partir dele, é dizer, da falsificação da hipótese acusatória, gravita a adequabilidade probatória.³³⁰ Todavia, isso não esgota o complexo de garantias processuais que perfazem o modelo cognitivo do juízo garantista, sendo tão-somente a sua espinha dorsal.

Jordi. *Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência*, op. cit., p. 153 e ss.

³²⁶ Trata-se do axioma A8: *nullum iudicium sine accusatione*;

³²⁷ Trata-se do axioma A9: *nulla accusatio sine probatione*;

³²⁸ Trata-se do axioma A10 *nulla probatio sine defensione*;

³²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: *Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 1992, p. 28.

³³⁰ Nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 490, para quem a defesa forma “o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.”

As supracitadas garantias procedimentais, ditas primárias, são traduzidas nos últimos três axiomas e complementam-se a partir de outras quatro garantias procedimentais, ditas secundárias, que asseguram concretude às primeiras.³³¹ Essas são as linhas gerais daquilo que seria uma estrutura acusatória de processo penal orientada a partir dos axiomas garantistas formulados por Ferrajoli. Com relação a elas, o que sobressai é a expressão de continuidade que uma garantia possui para com as demais, impondo a necessidade de se evitar um enfraquecimento sistêmico proporcionado pela reiterada deturpação prática do modelo normativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que se expôs, acredita-se que ao menos três conclusões, distintas, porém complementares, podem ser afirmadas.

³³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, op. cit., p. 484 explica que as garantias procedimentais secundárias podem ser resumidas na publicidade como forma de controle interno e externo da atividade judiciária, na oralidade como forma de concentração da instrução probatória, na legalidade dos procedimentos enquanto um rito legalmente preestabelecido cuja transgressão enseja nulidade e, por fim, na motivação das decisões judiciais como corolário do caráter cognitivo de todo o sistema garantista. As garantias secundárias, segundo LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, op. cit., p. 203, “são condições necessárias para que o debate transcorra com transparência e igualdade de oportunidades, ou seja, no ambiente que se espera da estrutura dialética do processo.”

Em primeiro lugar, analisando o axioma *nulla culpa sine iudicio* a partir do princípio da jurisdicionalidade, tem-se que (i) em sentido lato, representa uma opção civilizatória de exigência de um processo para que se possa falar em exercício do poder punitivo estatal e (ii) em sentido estrito, complementa-se tal exigência com a estruturação acusatória desse processo. De um lado, a imprescindibilidade do processo para as garantias penais; de outro, a imprescindibilidade das garantias processuais para o processo penal contemporâneo.

Em segundo lugar, afirma-se o nexó existente entre as garantias penais e processuais penais por meio do qual se extrai a expressão de continuidade que ambas manifestam entre si em uma correlação biunívoca, frisando a reciprocidade que um assume para com o outro enquanto condição de efetividade. Para dar vazão às garantias penais, é preciso que o processo penal seja estruturado sob um viés acusatório, motivo pelo qual discorreu-se sobre as garantias próprias desse modelo, diferenciando-as em orgânicas e procedimentais; óbvio que não se intentou abordar exaustivamente o sistema acusatório e tampouco as garantias que o compõem, mas tão-somente aquelas mais basilares e estruturantes.

Em terceiro lugar, conclui-se que a quebra de uma garantia possui reflexos sistêmicos, ainda que em diferentes escalas, de forma que a sua superação inevitavelmente vilipendia o sistema

como um todo; ainda que se situe no plano ideal, é possível aferir o grau de (i) legitimidade do sistema a partir da naturalização, no plano real, de suas diferentes deturpações. Afinal, embora o garantismo constitua “uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente”³³², isso não implica a aceitação acrítica do hiato que se faz presente entre o mundo normativo e a realidade prática. De maneira mais específica quanto ao escopo deste artigo, a conclusão é de que a relação condicional entre processo e culpa se materializa nas garantias processuais, sendo aquela de todo afetada com a inobservância destas.

Como resposta à investigação proposta, diz-se que as garantias penais não produzem efeitos concretos por si só, de forma que, desrespeitada a perspectiva processual do sistema garantista, não remanesce qualquer utilidade às primeiras; são elas reduzidas a mera proforma. Não se trata, ressalte-se, de uma análise alicerçada na idealidade do sistema, mas de uma constatação acerca do descumprimento reiterado de garantias instrumentais básicas. Com efeito, é inequívoca a inutilização das garantias penais engendrada pelo menoscabo ao devido processo legal, cujo corpo é adquirido justamente por meio do respeito às garantias processuais.

³³² BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*.

3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 9.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do Direito Penal. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 40, n. 45, p. 195-213, jan./jun. 2006.
- BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BOSCHI, Marcus Vinicius. *Ação, pretensão e processo penal: teoria da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, 2009.
- DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 177, p. 71-132, 2021.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. *Sujeitos processuais penais: o tribunal*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: *Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la Democracia. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.
- HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do ônus da prova dos elementos de valoração global do fato: análise crítica de precedente do Superior Tribunal de Justiça, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 104, 2013.
- KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para*

- além da ambição inquisitorial. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 11-42, 2015.
- LOPES JR., Aury. A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, v. 2, p. 11-33, 2001.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- NOGUEIRA, Rafael Fecury. Ônus da prova das excludentes de ilicitude no processo penal e a necessidade de rompimento com a sua matriz civilista, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1. Porto Alegre, 2018.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.
- TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.