

**Teodoro Silva Santos**

**O JUIZ DAS GARANTIAS  
SOB A ÓPTICA DO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO:  
A ADEQUAÇÃO AO  
ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

**2022**

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS EM SINTONIA COM O GARANTISMO PENAL: ESTUDO A PARTIR DE MODELOS DE ESTADOS EUROPEUS E LATINO-AMERICANOS

---

Estabelecidas as divergências entre os sistemas processuais penais, concluindo-se pela adoção do Sistema Acusatório na Constituição da República de 1988 (BRASIL, [2018f]) e trazendo a lume o princípio da imparcialidade como elemento definidor da função judicante, após reflexões acerca da estrutura do procedimento penal como impeditivo da atuação imparcial do juiz em sua acepção objetiva (tendo em conta a Teoria da Dissonância Cognitiva), passa-se à análise de instituto com capacidade de atenuar o desolador estado de coisas do processo penal brasileiro: o Juiz das Garantias.

O presente capítulo abordará a temática a partir de uma conceituação inicial do instituto, estabelecendo seus pontos centrais e algumas críticas incidentes sobre a sua implantação no Brasil, trazendo *a posteriori* o elo com o garantismo (teoria jurídica idealizada por Ferrajoli) e, ao final, apresentando comparativos com a experiência da adoção de institutos correlatos em alguns ordenamentos jurídicos.

A superação de argumentos contrários à implantação do instituto no Brasil será melhor delineada em capítulo vindouro, momento em que será apresentada a construção de um modelo ideal do instituto na estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

Nesse contexto, inicia-se o estudo sobre o Juiz das Garantias e sua fundamental importância na investigação criminal dentro dos limites dos direitos fundamentais do investigado.

### 3.1 O JUIZ DAS GARANTIAS: LINHAS INICIAIS

A proximidade do magistrado com a investigação criminal é inerente à sua atuação, na medida em que a Constituição da República (BRASIL, [2018f]) exige a intervenção de um juiz em caso de atingirem o investigado medidas tais como prisões cautelares, quebra de sigilo bancário e fiscal, interceptações telefônicas, com um desiderato de tutelar efetivamente di-

reitos fundamentais da magnitude da liberdade de locomoção, do direito à intimidade e à vida privada, do sigilo das comunicações, bancário e fiscal.

Na fase investigativa, por inexistir processo, tampouco contraditório e ampla defesa assegurados, a atuação do magistrado como agente garantidor revela-se crucial na tutela de direitos fundamentais. Somente se revela adequada a invasão a direitos do acusado nas hipóteses expressamente autorizadas pela legislação, lida em consonância com a Constituição. Para verificação de requisitos autorizadores de medidas cautelares nessa fase, torna-se imprescindível que o juiz observe a estrita legalidade.

Entretanto, a exigência de atuação do magistrado aliada à regra de prevenção, que fixa a competência do julgador para a análise do mérito do caso penal, promove debates frutíferos sobre a manutenção da imparcialidade desse julgador ante essa peculiaridade do procedimento no processo penal. Experimentos e estudos estatísticos, como demonstrado, buscam asseverar a quebra da imparcialidade, mas não podem ser admitidos como provas irrefutáveis da extirpação da imparcialidade no caso penal, embora levantem dúvida sobre essa possibilidade, o que justifica a discussão acerca do Juiz das Garantias como redutor de danos.

O magistrado em comento está incumbido de exercer a tutela jurisdicional das inviolabilidades dos sujeitos investigados. Não lhe é reservado tipo algum de atribuição em matéria de provas, mas apenas o procedimento de autorizar ou negar as cautelares que lhe sejam requeridas. A investigação criminal em curso não lhe é dirigida, mas sim ao órgão acusador (OLIVEIRA, 2016).

A terminologia utilizada pode ser encarada como redundância, porém o é para reforçar a função de garante conferida ao magistrado, alijando o juiz de qualquer tipo de domínio sobre a prova, o processo ou a investigação (OLIVEIRA, 2016).

A figura do Juiz das Garantias é instituto por demais debatido na doutrina processual penal brasileira, posto que inserido no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (BRASIL, 2009a), passando pelo menos dez anos submetido ao crivo de especialistas em debates acadêmicos e legislativos previamente à sua aprovação, por meio da Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019b), que inseriu os artigos 3º-A ao 3º-F no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Da exposição de motivos apresentada ao Senado Federal, pode-se extrair ao menos três pontos cruciais que justificariam a sua implantação: 1) a imposição do instituto a partir da adoção do sistema acusatório (ex-

pressamente citado no Código de Processo Penal a partir de sua alteração legislativa mencionada); 2) a otimização da prestação da tutela jurisdicional ante a especialização que propicia; e 3) o distanciamento dos elementos de investigação do magistrado do processo que proferirá a decisão de mérito.

No que diz respeito à adoção do sistema acusatório, Garcia (2014) apresenta a ideia de que a promoção do princípio acusatório seria encarada como reafirmação dos compromissos assumidos pela sociedade brasileira no ato da promulgação da Constituição da República (BRASIL, [2018f]), separando as funções de acusar e julgar, superando os resquícios inquisitórios do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), ofensivos à imparcialidade, não recepcionados pela Constituição da República (BRASIL, [2018f]).

A adoção do mencionado sistema seria de um tipo que, sob a óptica de Cavalcanti (2016), é mais consentâneo com a promoção da justiça criminal, na medida em que libera o julgador de qualquer vinculação psicológica com a pretensão da causa. Essa liberação ocorre devido à retirada da iniciativa de instauração da ação penal ou da busca por provas de ofício.

O processo penal, ao aderir a uma orientação acusatória, deixa de ser um instrumento estatal para exercitar o seu poder de punir. Mas subverte-se essa lógica ao se limitar esse poder e salvaguardar os indivíduos das arbitrariedades que podem ocorrer nesse processo (GARCIA, 2014).

Busca-se outro patamar de acusatoriedade, otimizando a tutela de garantias, com a permanência das atribuições de controle de legalidade das investigações e a reserva de jurisdição a determinadas medidas cautelares no curso da investigação, ao mesmo tempo em que se preserva a imparcialidade do juiz, evitando que esse sujeito se torne parte ativa da investigação, como foi possível visualizar em espetaculosas operações ocorridas no País, em que o julgador e os órgãos acusadores e investigadores atuavam em conjunto.

O Juiz das Garantias estabelece o papel do juiz como garante da legalidade e de direitos fundamentais, o que o afasta da inquisitorialidade, que o colocava como agente com interesse no êxito investigativo. Afastar o juiz de um papel de prevalência na investigação implica afirmar a inexistência de semelhança do Juiz das Garantias com o juiz instrutor. Preserva-se, assim, a sua imparcialidade (SILVA, 2012).

Ressalta-se que esses intentos de segregação de função não estão imunes a críticas doutrinárias, valendo a citação de Andrade (2015) no entendimento de que a interpretação dada pelo instituto à quebra do sistema acusatório consistiria na simples apreciação de alguma medida cautelar que invadisse a esfera jurídica do investigado. Essa compreensão, se exorbitada, levaria ao

entendimento de que, ao apreciar pedidos feitos pela acusação que necessitassem da reserva da jurisdição no curso do processo, o juízo fosse incapaz de manter sua imparcialidade.

Apesar da argumentação exposta, essa não parece a melhor compreensão. O que se almeja assegurar é o afastamento do julgador dos atos de investigação na fase pré-processual, significando a inexistência da noção de parceria entre os agentes públicos que promovem a persecução penal e o julgador que apreciará o mérito, evitando um pré-julgamento. No curso do processo, ainda que de forma diferida, é permitido ao acusado influenciar atos decisórios do julgador, sejam quais forem, a partir do efetivo contraditório e assegurada a ampla defesa.

Relativamente à otimização da prestação jurisdicional, a especialização ocorre na medida em que o juiz, na fase investigativa, terá como atribuição exclusiva a tutela de direitos dos investigados e a observância da legalidade dos órgãos persecutores. Dessa forma, cumprem-se várias promessas constitucionais, assim como a de aperfeiçoar a investigação, conferindo-lhe celeridade e eficiência, preservando-lhe a conformidade com a Constituição (GARCIA, 2014).

Na tentativa de rebater essa argumentação favorável, Andrade (2015) ressalta que a otimização ocorreria em comarcas de médio e grande porte, sendo dificultosa sua adoção em comarcas diminutas, repassando o custo da escolha legislativa ao Poder Judiciário. O resultado seria a impunidade ante a falta de condições materiais das entidades policiais. Faltaria salvaguarda ao direito a uma duração razoável do processo, conferido a todos os cidadãos.

Não parece cabível a argumentação da ausência de condições materiais para a implantação do instituto, que confere maior magnitude à imparcialidade judicial. Afirma-se a sua inadequação, considerando o fechamento cognitivo do doutrinador para observar arranjos institucionais viabilizadores e inovações tecnológicas (entre elas o inquérito policial eletrônico) como atenuantes para as dificuldades orçamentárias (GUIMARÃES; RIBEIRO, 2020) que propiciem uma conformação da atual realidade ao modelo delineado como apropriado para o Juiz das Garantias, que será melhor delineado no subcapítulo vindouro, momento em que será realizada a proposta de implantação dessa figura salutar à promoção da eficiência judicial.

O magistrado especializado, na óptica de Lanfredi (2017), detém atribuições especiais, apenas desenvolvendo atos na investigação que justifiquem a sua participação, ante uma cláusula de jurisdicionalidade, não levando a magistratura a uma prática policial qualificada. Nasce o Juiz

das Garantias como um novo órgão judicial, não sendo uma espécie de *longa manus* dos órgãos persecutores. É um órgão que intervém, mas não é integrante dessa fase.

Esse aspecto acerca da eficiência da tramitação do processo é ressaltado também por Maya (2018), para quem a eficiência seria o esclarecimento dos aspectos fáticos com razoabilidade temporal na sua tramitação, garantindo direitos fundamentais do indivíduo sob investigação. Nota-se que o aspecto da eficiência na prestação jurisdicional não se restringe à tramitação do processo, mas à sua compatibilização com a tutela de direitos do investigado.

O processo de especialização é tendência já existente no Poder Judiciário como um todo; entretanto, há um aspecto peculiar na instituição do Juiz das Garantias em relação às varas especializadas em inquéritos policiais, pois o magistrado não cuidará do trâmite desses procedimentos, haja vista que apenas caberá ao juiz intervir quando houver necessidade de atuação jurisdicional. Isso se dá em virtude de o destinatário do inquérito ser o titular da ação penal, não o julgador. O juiz, dessarte, passará a ser o controlador da legalidade da investigação, atuando apenas quando provocado (SILVA, 2012).

Torna-se importante ressaltar que, na experiência das Varas de Inquéritos Policiais já existentes em algumas capitais do País, essas unidades judiciárias são apenas especializadas para atuação nesse tipo de procedimento, diferenciando-se das demais pelo fato de que o juiz atuante no inquérito não será o mesmo para o julgamento do mérito; representa dessa forma uma inovação positiva ante a especialização, o que gera maior eficiência. Ainda assim, há diferença para o Juiz das Garantias, que incorpora outro ideal cultural, com desígnio diverso, qual seja, o de garantir direitos dos indiciados (OLIVEIRA, 2016).

Ademais a delimitação de funções realizada de modo rígido e a especialização do magistrado em matéria de medidas cautelares diversas, que tangenciem direitos fundamentais, estão em consonância com o princípio acusatório que rege o sistema de nome idêntico, expressamente adotado no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) mediante a recente alteração legislativa. Importa relembrar que potencializa a separação de funções de investigar, acusar e julgar e retira do julgador do mérito o contato com os elementos de investigação, enquanto ainda estão sendo produzidos para subsidiar o trabalho do titular da ação penal. Este último aspecto é o terceiro objetivo do instituto.

A regra de ouro do Juiz das Garantias seria impedir o juiz que atuou na investigação de figurar no processo penal, se instaurado. A participação

do juiz da fase investigativa seria causa de exclusão de competência, não de fixação, conforme visto no capítulo anterior. O Juiz das Garantias seria, sobretudo, um mecanismo protetor da imparcialidade do julgador, pois o impede de contaminar-se com a atuação anterior, havendo citações a julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos como reforço a essa posição (SILVA, 2012).

Ressalta Silva (2012) que esse mecanismo protetor guarda imperfeições, e cita como incongruência o fato de inexistir impeditivo para que o que fora objeto de apreciação pelo Juiz das Garantias também o seja quando instaurado o processo penal. Contra-argumentando essa possível incongruência, Silveira (2011) afirma que há racionalidades distintas, pois na investigação há o sigilo e inexistem o contraditório e a ampla defesa, o que é completamente diverso do que ocorre no ambiente processual, em que a regra é a publicidade e a participação efetiva das partes.

Nota-se o nítido escopo de preservação da imparcialidade no distanciamento do julgador do mérito do processo dos elementos colhidos na fase investigativa. Evita-se assim, com o encerramento da investigação, a familiaridade do juiz com os fatos, considerando a ativa participação na fase investigativa e os juízos formados sobre o delito potencialmente ocorrido e os sujeitos supostamente envolvidos. Evita-se que uma presunção de culpa tenha de ser revertida pelo acusado, que seria obrigado a provar a sua inocência, subvertendo o mandamento constitucional de que o acusado deve ser presumidamente inocente até sentença penal transitada em julgado (GARCIA, 2014).

Outro aspecto relevante na distinção de funções promovida com a adoção do sistema acusatório e seu consectário (Juiz das Garantias) foi apresentado por Cavalcanti (2016), e seria a consolidação da titularidade da ação penal sob os auspícios do Ministério Público, assumindo papel de orientador da preparação da causa penal com o suporte fornecido pela polícia judiciária. Evita-se, assim, a colheita de elementos desnecessários com o titular da ação penal na orientação da investigação preliminar e seu atuar em conjunto com a polícia mediante atribuições investigativas.

Esse aspecto não passou imune às críticas de Andrade (2015), que nega que esse seja um problema dos juízos brasileiros, na medida em que é inerente a um modelo de juiz que acumula funções de investigador e acusador. Entretanto desconsidera outros aspectos da discussão, como, por exemplo, a influência do conhecimento do inquérito e da participação do juiz na investigação no mecanismo cognitivo do julgador, enviesando a sua compreensão dos fatos e a preservação de decisões eventualmente proferidas.

Nesse sentido, é significativo ressaltar que não há relação do juízo de garantias com o juízo de instrução, pois se reflete em outra estrutura mental, como aduz Lanfredi (2017); desempenha o Juiz das Garantias um rol tipicamente jurisdicional, conhecendo e decidindo pleitos de diversos atores processuais sem o elo com a instrução ou com a mentalidade instrutória. Nessa perspectiva, o juiz liberta-se de um compromisso com interesses combativos à criminalidade, resgatando sua imparcialidade como a principal garantia dos indivíduos e singularizando-se na instrução processual.

Relevante a abordagem de Lanfredi (2017), ainda no que concerne à figura do Juiz das Garantias, pois promove um magistrado caracterizado como terceiro desinteressado, desprovido de preocupações de aproveitamento de atos eivados de vícios processuais dos quais tenha participado, propiciando verdadeiro equilíbrio de forças entre os sujeitos processuais. Viabiliza, dessarte, uma maior paridade de armas entre a acusação e o acusado no processo penal vindouro, pois extirpa preocupações sobre a manutenção de atos produzidos. O compromisso do magistrado passa a ser com a legalidade.

Resta evidenciada, portanto, uma virada de mentalidade. Queda plenamente coerente que, em algumas circunstâncias, o juiz, na qualidade de partícipe da investigação, ao apreciar o mérito, possa assumir a tendência de relativizar ilegalidades eventualmente cometidas, influência, todavia, de uma leitura que já se referiu como equivocada acerca da importação de institutos da Teoria Geral do Processo (sobretudo do processo civil) para o processo penal, facilmente identificável quando se anuncia a necessidade de o acusado manifestar o prejuízo oriundo de uma ilegalidade para a caracterização de nulidades, quando a ilegalidade por si é um prejuízo.

Um aspecto destacado por Maya (2018) relativo ao instituto é a separação de fases processuais, com o desiderato de resguardar a imparcialidade do magistrado que apreciará o mérito do processo. Além de adequação democrática com a Constituição da República (BRASIL, [2018f]), exsurge também uma compatibilidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) (BRASIL, 1992b), documento protetivo do qual o Brasil é signatário.

Maya (2018) ressalta que, nos Estados latino-americanos que inspiraram a proposta de reforma do processo penal brasileiro, a justificação do Juiz das Garantias teve maior profundidade, dada a existência de elo entre o instituto e um modelo de audiências que privilegia a oralidade. Nesse modelo, o magistrado apodera-se de legitimidade ao verificar a verdade produzida pelas partes e decide sempre em audiência.



Nessa linha de raciocínio, ao retirar muitas formalidades burocráticas da investigação criminal, verificou-se que o material obtido se restringia a ter como escopo a formação da convicção do órgão acusador para ofertar a denúncia ou, inexistindo valor de prova, forçar a sua reprodução em juízo. Confere-se, assim, maior dinamismo à investigação criminal, pois está voltada à formalização da denúncia (MAYA, 2018).

Ao centralizar-se na oralidade, até mesmo os atos decisórios que seriam produzidos no curso da investigação submetiam-se ao contraditório e à ampla defesa, evidenciando efetiva participação do investigado já nessa fase; conclui-se o processo penal em tempo mais exíguo, conferindo-lhe maior efetividade. Ao tratar de como a reforma processual delineava o instituto, Maya (2018) conclui que os avanços obtidos não se comparam aos conquistados pelos Estados que propiciaram o debate no Brasil quando desacompanhada da oralidade.

Para além das intenções expressamente consignadas à época na exposição dos motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal (BRASIL, 2009a), há literatura produzida baseando-se nos debates legislativos que ocorreram no parlamento durante a tramitação do projeto. Citam-se as contribuições de Oliveira (2016), que pontuou uma sequência de críticas feitas ao instituto, entre as quais as dificuldades orçamentárias e estruturais de implantação e a afronta ao juiz natural. A análise desses pontos criticados será realizada de forma pormenorizada na proposta do modelo ideal para o instituto do Juiz das Garantias no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Para além das críticas, Oliveira (2016) também enumera o que considera vantajoso na adoção do instituto. A primeira vantagem é a ampliação da jurisdição na fase de investigação, garantindo a não contaminação do juiz por atos anteriormente praticados por esse. Essa ampliação justificar-se-ia pela necessidade de se expandir a participação do investigado e de sua defesa na referida fase, consistindo em passo adicional em direção à democraticidade e à legalidade.

Como segunda vantagem, Oliveira (2016) apresenta a redução da atuação do julgador para a efetivação dos direitos e garantias do indivíduo sob investigação. Retiram-se, assim, os poderes instrutórios do juiz, evitando que assumam uma postura ativa maior com questões relativas às provas, promovendo paridade de armas entre as partes do processo penal. Seria papel do juiz garantir que a investigação criminal ocorresse sob os ditames da estrita legalidade (OLIVEIRA, 2016).

Por último, aponta a redução da contaminação do juiz com o material probatório colhido na fase de investigação criminal (OLIVEIRA, 2016). Esta última vantagem foi fartamente abordada no presente trabalho, no tema da análise da imparcialidade judicial, considerando as contribuições das teorias acerca da dissonância cognitiva e as regras de fixação de competência. Sobre esse aspecto, vale citar ainda a existência de trabalho acadêmico (LUZ; SILVEIRA, 2012) que parte das premissas da Psicanálise para analisar criticamente a imparcialidade judicial e alcança conclusão semelhante sobre a contaminação do julgador.

Apesar de a discussão acerca do Juiz das Garantias ser antiga e já compreender uma vasta produção acadêmica do período anterior à sua promulgação, pode-se verificar que é um tema que carece de maiores aprofundamentos, sobretudo no tocante ao elo entre o Juiz das Garantias e o garantismo idealizado por Luigi Ferrajoli (2002, 2011). O garantismo é citado textualmente na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal (BRASIL, 2009a) como inspiração teórica.

Pretende-se, dessarte, traçar as linhas gerais acerca do garantismo e estabelecer a sua vinculação ao instituto em apreço com o escopo de expor o liame entre a base teórica utilizada e o instituto processual proposto. Referida análise será feita previamente à apresentação de apreciação do Direito comparado, perlustrando outros ordenamentos jurídicos que dispõem sobre institutos jurídicos similares e que serviram de fonte de inspiração para a concretização do Juiz das Garantias no Brasil.

O subcapítulo seguinte tratará do garantismo no Brasil e o seu atendimento aos postulados e princípios, com o objetivo de tutelar o indivíduo contra os arbítrios do Estado.

### **3.2 O GARANTISMO E O JUIZ DAS GARANTIAS**

O garantismo jurídico é bem difundido no Brasil (não sem algumas incompreensões) e explicitamente serviu de inspiração ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal (BRASIL, 2009a), que fomentou sobremaneira as discussões acerca do Juiz das Garantias no País. A nomenclatura do instituto já aponta o liame com o garantismo, entretanto não é tão evidente em algumas abordagens que essa teoria jurídica influencia a atribuição de um magistrado exclusivamente na fase investigativa para tutelar direitos dos investigados e garantir maior imparcialidade no julgamento de mérito.

Nesse contexto, a proposta do presente trabalho é apresentar o garantismo, ressaltando os aspectos dos quais se pode retirar a base teórica para

a fundamentação do Juiz das Garantias, em especial o aspecto de que um Ordenamento Jurídico pode ter maior ou menor grau de garantismo na medida do atendimento aos seus postulados e princípios. Dessarte, acredita-se que o Juiz das Garantias será de grande valia para ampliar o grau de garantismo do sistema penal brasileiro.

O garantismo de Ferrajoli (2002, 2011) é teoria jurídica que pretende tutelar o indivíduo contra o arbítrio do Estado, em especial quanto ao seu poder punitivo. Busca-se, com o garantismo, proteger os cidadãos de arbitrariedades no exercício do Direito Penal, conferindo racionalidade para legitimar essa disciplina.

O garantismo, sob a óptica de Bento (2013), é teoria voltada à preservação do acusado, no âmbito do escopo processual penal de preservação da liberdade. É humanista em essência, e estabelece que compete ao Estado preservar direitos no âmbito do *due process of law*. Trata-se de sistema voltado à tutela da liberdade dos indivíduos investigados ou acusados. Confere ao Estado a função de respeitar irrestritamente os direitos fundamentais.

Sob a perspectiva de Rosa (2004), o garantismo é originário do Direito Penal, mas se tornou uma Teoria do Direito, revisando a teoria da validade (diferenciando validade material e vigência formal); reconhecendo a dimensão substancial da democracia; estabelecendo um novo modo de visualizar a submissão à lei, a partir do conteúdo da norma; e revisitando a ciência jurídica projetando o que está por vir. O modelo de Direito Garantista baseia-se na dignidade humana e na tutela de direitos fundamentais, a partir da submissão da práxis jurídica à Constituição da República (BRASIL, [2018f]).

Com o surgimento do instituto do garantismo, almeja-se um Direito Penal voltado aos fatos criminosos cometidos, não aos sujeitos indesejáveis ao sistema penal. Para esse fim, é crucial o atendimento ao princípio da legalidade, com o escopo de excluir convenções penais que venham a se mostrar arbitrárias e discriminatórias, garantindo-se ao cidadão, com essa restrição imposta aos agentes do Estado, a liberdade e a igualdade (FERRAJOLI, 2002).

Ferrajoli (2002) trata como elemento da epistemologia garantista o cognitivismo processual na delimitação da conduta criminosa. Denomina-o de princípio da estrita jurisdicionariedade, caracterizando-o com as seguintes condições: a verificabilidade das hipóteses propostas pela acusação e a sua demonstração por procedimentos que possibilitem a sua refutação ou verificação.

A epistemologia garantista representa um modelo penal cujo problema maior reside no fato de ser ideal, ou seja, jamais realizável em concreto. Ferrajoli (2002) afirma que na função de julgar há espaços de poder que devem ser reduzidos e controlados, na medida em que interpretar uma lei sempre constitui escolha em torno de hipóteses alternativas. Quanto ao aspecto fático, a sua prova não é uma atividade meramente cognitiva, mas uma conclusão, cuja probabilidade é avaliada e sua aceitação, amiúde, verifica-se como ato prático, um verdadeiro poder de fazer escolha ante os caminhos alternativos.

Devido ao seu caráter utópico, o modelo garantista pode ser satisfeito apenas em maior ou menor grau, jamais em sua completude. As garantias penais e processuais seriam técnicas para definir e comprovar pressupostos de aplicação de pena voltadas à redução do arbítrio judicial e à satisfação do modelo mencionado, tido como balizador e fundante da racionalidade (FERRAJOLI, 2002).

Nesse prisma de ser o garantismo uma utopia, residem dois aspectos relevantes na sua consideração: o primeiro diz respeito ao fato de que há semelhança entre o garantismo e o Estado Democrático de Direito; o segundo trata das críticas formuladas pelos abolicionistas penais, que preferem uma utopia diversa, qual seja, a de ausência de poder de punir conferido ao Estado.

Quanto a esse ideal utópico, guarda identidade com a própria concepção de Estado Democrático de Direito apresentada por Streck e Moraes (2014), ante a evidente preocupação dos teóricos desse em transformar o *status quo*; ultrapassa o objetivo de conferir dignidade humana, agindo no plano simbólico para fomentar a participação coletiva na concretização de um projeto de sociedade. Oferece-se, assim, uma perspectiva de futuro ao projeto e não se limita às ideias de Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito. A inovação produzida diz respeito mais aos aspectos finalísticos da normatividade do que aos seus instrumentos jurídicos ou seu conteúdo.

A lei no Estado Democrático passa a ser um elemento de transformação social, não mais apenas sanciona (como no Estado Liberal) ou promove direitos (como no Estado social). Almeja-se, assim, uma reestruturação da sociedade; imprime-se a centralidade na igualdade, como ideal a ser buscado, assegurando condições de vida digna; insere-se, ainda, a vinculação da coletividade à solidariedade (STRECK; MORAIS, 2014).

Nessa perspectiva, a partir da discrepância entre o ser e o dever ser, quando da proclamação de direitos e a sua não efetivação, seria papel das garantias retirar a legitimidade dos poderes que não os implementem, tor-

nando inválidas as ações ou as omissões, e gerar vinculação das prestações referentes. O Estado de Direito descrito por Ferrajoli (2002) diz respeito à legitimação do poder, mas principalmente à perda de legitimação e do funcionamento dos poderes. A análise da perda dessa legitimação seria um grande problema na teorização do garantismo.

Um aspecto adicional e relevante a tratar-se quando se descreve a utopia no pensamento garantista advém da crítica formulada pelos abolicionistas penais, que preferem uma utopia diversa, fazendo com que seja uma alternativa frente a uma doutrina legitimadora da decisão penal e do poder punitivo por consequência.

Ávila (2016, p. 550-551) estabelece o debate ao afirmar que a doutrina do garantismo admite a justificação da pena de modo racional a partir do denominado “princípio da paz”. As técnicas garantistas seriam apenas critérios destinados a legitimar o poder de punir, sem rompimento com a imposição da dor. Afirma-se ainda que o garantismo é limitado por restringir-se ao dever ser, compreendendo um grande *deficit* de concretização.

Os abolicionistas respondem aos questionamentos sobre o se e o porquê das proibições, dos castigos e dos julgamentos de modo negativo, sem reconhecer como justificar o Direito Penal, dado que possuem a pretensão de extingui-lo. Opõem-se às garantias, pois as consideram fontes de justificação do Direito Penal, elaboradas para evitar uma suposta anarquia que seria gerada pela abolição penal (ÁVILA, 2016).

Acusam-se os teóricos do abolicionismo de serem adeptos de uma teoria utópica; entretanto, esse mesmo adjetivo pode ser atribuído ao garantismo, conforme reconhecido pelo próprio Ferrajoli e já verificado no presente trabalho (ÁVILA, 2016).

Os abolicionistas lançam ao Direito Penal o ônus de justificar-se. Ávila (2016) afirma que o Direito Penal apenas seria justificável se: 1) além do aspecto preventivo, viesse a minimizar a violência reativa ao cometimento de delitos; e 2) pudesse tutelar e garantir todos (maiorias e minorias). O Direito Penal minimalista justificaria o exercício do poder punitivo apenas como a aplicação da lei do mais fraco alternativamente à do mais forte.

Noutro aspecto, o abolicionismo já existiria, pois, em sua grande maioria, as condutas já não são criminalizadas. Nesse sentido, pensamentos utópicos não seriam falácias, considerando que muitos ideais tidos como utopias já foram concretizados. A pretensão do diálogo dos abolicionistas com o garantismo seria negar as teorias que em seu aspecto central pretendem retomar a legitimidade do poder punitivo (ÁVILA, 2016).

Ao considerar o aspecto utópico reconhecido por Ferrajoli em seu garantismo, Ávila (2016) afirma que se há frente a frente duas utopias (garantismo e abolicionismo penal), deve-se preferir a que é capaz de reduzir em maior escala os sofrimentos inúteis. Ao concluir, referido autor reconhece a importância estratégica do garantismo, porém afirma que a redução de danos propiciada seria insuficiente, pois a teoria garantista pressupõe o Direito Penal.

Passadas essas digressões acerca do Estado Democrático de Direito e o seu elo com o garantismo, ruma-se ao entendimento do que Ferrajoli (2002) denominou de epistemologia antigarantista, como contraponto à de faceta garantista por ele proposta. Essa epistemologia compreende, como um de seus aspectos, o fato de residir não apenas na conduta delituosa o desvio punível, mas também na pessoa do criminoso. É o verdadeiro Direito Penal do autor e não do fato.

Outro aspecto antigarantista reside no decisionismo processual, implicando que o juízo seja caracterizado como necessitado de um ato de vontade do juiz. O juízo de culpa não é calcado em fatos, mas em valorações de cunho subjetivo pelo julgador; essa característica torna o convencimento como íntimo, subjetivo e irrefutável. Ao se permitir a aferição da culpa por essa valoração subjetiva, confia-se na sapiência do julgador e não nas regras do jogo bem definidas. Há uma nítida natureza autoritária (FERRAJOLI, 2002).

Nota-se que Ferrajoli (2002) entende que a jurisdição necessita da comprovação do atendimento de pressupostos da pena baseados em afirmações que gozam de verificabilidade e refutabilidade. O que vier fora dessa perspectiva é alheio à jurisdição e essencialmente de natureza administrativa, descambando para o abuso ao tangenciar direitos fundamentais.

Nesse aspecto, é evidente a semelhança da caracterização da jurisdição descrita por Ferrajoli com uma das consequências da adoção do Juiz das Garantias, na medida em que evita que o órgão judicial seja a extensão da investigação. Esse modelo de juízo, que é potestativo e exerce apenas autoridade, implica que a atividade judicial seja administrativa e persecutória, não garantidora de direitos, culminando no atingimento de liberdades e caracterizando o abuso judicial.

Retira-se ainda da atividade judicante o seu aspecto de ato de conhecimento, conferindo um aspecto de ato de vontade à decisão judicial, sujeita ao arbítrio do julgador. Reside aí também o viés autoritário e antidemocrático da jurisdição penal, na medida em que alija o acusado do processo de tomada de decisão.

Para Ferrajoli (2002), o juízo penal é um verdadeiro saber-poder, combinando decisão e cognoscibilidade. Nessa linha, Rosa (2004) afirma ser a decisão penal a manifestação de um saber-poder que exige maior fundamentação na razão a partir de metodologia processual que direciona a verdade formal, de modo que a discricionariedade judicial seja restringida e controlada, tanto na descrição do crime quanto no emprego do método de comprovação no processo.

A verdade no processo também compreende relativizações, sendo aquela apenas aproximativa a partir dos métodos empreendidos para a sua obtenção, conforme os princípios indutivos (FERRAJOLI, 2002). Seria assim a verdade um aspecto sempre contingente, à luz da lição de Rosa (2004).

Ferrajoli (2002) aduz que o processo de obtenção da verdade judicial encerra o dilema adotando a hipótese mais simples, mais robustamente explicável e compatível com provas e conhecimentos adquiridos anteriormente.

Sobre esse aspecto, torna-se necessário ressaltar que a hipótese acusatória pode ser (e não raras vezes o é) tida como a mais simples e mais compatível com a maior quantidade de provas e conhecimentos anteriormente adquiridos, quando o julgador mantém desde o início, a partir do conhecimento e da participação na fase investigativa, contato com uma grande quantidade de informações produzidas para a formação da convicção do órgão acusador, colecionando mais elementos favoráveis à acusação desde seu nascedouro.

Há um processo paulatino de convencimento, para que o juiz do mérito obtenha elementos não produzidos mediante submissão ao contraditório e à ampla defesa, iniciado já na fase de investigação.

Ressalta-se também que o julgador não é impessoal e atua condicionado a diversas circunstâncias, derivadas do ambiente no qual está inserido ou até mesmo de aspectos sentimentais ou valorativos. Ferrajoli (2002, p. 47) argumenta ademais que:

[...] são possíveis e em certa medida inevitáveis as deformações involuntárias, devidas ao fato de que toda reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados equivale, em todo caso, à sua interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de hipóteses de trabalho, que, ainda quando precisadas ou modificadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e a descuidar-se de outras, e o impedem, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver dados disponíveis em contraste com elas. Em todo juízo, em suma, sempre está presente uma certa dose de preconceito.