

*Bruno Calabrich
Douglas Fischer
Eduardo Pelella*

GARANTISMO PENAL INTEGRAL

*Questões penais e processuais,
criminalidade moderna
e aplicação do modelo
garantista no Brasil*

4ª EDIÇÃO



CATALOGAÇÃO NA FONTE

G212 Garantismo penal integral : questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil / organizadores Bruno Calabrich, Douglas Fischer , Eduardo Pelella.
– 4.ed. – Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2017.
640 p. ; 24 cm.

Edição Bilingue : Português e Italiano

ISBN: 978-85-7699-544-9

1. Direito – Teoria. 2. Direito Penal – Filosofia. 3. Garantismo Penal Integral. 4. Medida Cautelar. 5. Tutela Jurisdicional. 6. Processo Cautelar Penal. 7. Tribunal de Jurí. 8. Prisão em Flagrante. 9. Crimes Tributários. 10. Código de Processo Penal – Reforma. 11. Direitos Fundamentais. 12. Ministério Público. 13. Investigação Criminal – Brasil. I. Calabrich, Bruno. II. Fischer, Douglas. III. Pelella, Eduardo.

CDD 340.11

CDU 343:340.11

Bibliotecário Responsável

Ginamara de Oliveira Lima - CRB 10/1204

Editoração: Daniel Scheer

Projeto de Capa: Isabelli Oliveira

*Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio.
Esta vedação estende-se, também, às características editoriais da presente obra.
Violar direito autoral é crime. Os infratores serão processados na forma da lei.*



Porto Alegre, RS

Av. Ipiranga, 2899

(51) 3076-8686

São Paulo, SP

Av. Paulista, 1.159 - conj. 411

Fone: (11) 3266-2724

Curitiba, PR

Rua Cândido de Abreu, 526 - Sala 611 B

Fone: (41) 3023.3063

Brasília, DF

Sig. Qd. 06 Lt. 2380/2390 Ed. Office 300 - Sl. 116

Fone: (61) 3208.6262

verbojuridico@verbojuridico.com.br

www.verbojuridico.com.br

GARANTISMO PENAL INTEGRAL: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil - 4ª ed.

Sumário

Nota à 2ª edição	21
Nota à 3ª edição	22
Nota à 4ª edição	24
Nota dos organizadores	25
Apresentação às 1ª e 2ª edições	27
Apresentação às 3ª e 4ª edições	28
Prefácio	29

CAPÍTULO I

PER UN PUBBLICO MINISTERO COME ISTITUZIONE DI GARANZIA..... 33

(Luigi Ferrajoli)

1. Il costituzionalismo di terza generazione	35
2. Ci sarà pure un Pubblico Ministero a Berlino!	37
2.1. Il Pubblico Ministero presso la giurisdizione costituzionale	38
2.2. Il Pubblico Ministero quale organo di garanzia dei diritti fondamentali	39
2.3. Il Pubblico Ministero di difesa	40
3. Il Pubblico Ministero quale istituzione di garanzia	42

POR UM MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA 47

(Luigi Ferrajoli com tradução de Eduardo Pelella)

1. O constitucionalismo de terceira geração	47
2. Haverá também um Ministério Público em Berlim!	50
2.1. O Ministério Público perante a jurisdição constitucional	51
2.2. O Ministério Público como órgão de garantia dos direitos fundamentais	52
2.3. O Ministério Público de defesa.....	53
3. O Ministério Público como instituição de garantia.....	55

CAPÍTULO II

O QUE É GARANTISMO (PENAL) INTEGRAL? 59

(Douglas Fischer)

1. Considerações iniciais.....	61
2. As concepções fundantes e os pilares da <i>teoria garantista</i>	64
3. “Garantismo penal”: da teoria (integral) da doutrina de Ferrajoli para a fragmentação que denominamos de <i>garantismo penal hiperbólico monocular</i>	67

4. Alguns exemplos de <i>fragmentação</i> da teoria garantista.....	75
4.1. Possibilidade (<i>ou não</i>) de o Ministério Público realizar procedimentos investigatórios	75
4.2. Limitação ao prazo de 30 dias das interceptações telefônicas	77
4.3. Da (im)possibilidade da execução de penas, o trânsito em julgado para o Ministério Público e a questão da prescrição	83
4.4 O culto (isoladamente visto) da “forma”, o garantismo e a questão das nulidades no processo	89
5. Conclusões	91
Referências	93

CAPÍTULO III

A ELITE DO CRIME: DISCURSO DE RESISTÊNCIA E LAXISMO PENAL.....	97
(Daniel de Resende Salgado)	
1. Introdução	99
2. Discurso de resistência a uma nova perspectiva (re)legitimadora	101
2.1. Técnicas de neutralização	103
2.2. Inadequação legislativa	106
2.3. Resistência dos aplicadores do direito	110
2.4. Disseminação monocular da doutrina liberal	113
3. Conclusões	116
Referências	117

CAPÍTULO IV

GARANTISMO E (DES) LEALDADE PROCESSUAL	119
(Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna)	
1. Introdução	121
2. Fundamentos do princípio da lealdade processual.....	124
3. Casuística: um caso de violação ao princípio da lealdade processual.....	130
4. Conclusão.....	132
Referências	134

CAPÍTULO V

PEQUENOS MITOS SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL	135
(Bruno Freire de Carvalho Calabrich)	
1. Introdução – Garantismo e investigação criminal no Brasil	137
2. Função e destinatários da investigação criminal	138

GARANTISMO PENAL INTEGRAL: Questões penais e processuais,
criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil - 4ª ed.

3. O que é “polícia judiciária”	144
4. Autoridade policial, “independência funcional” e “livre convencimento”	149
5. Conclusões	155
Referências	156

CAPÍTULO VI

LEGITIMIDADE EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O PROCESSO CAUTELAR PENAL157 **(Wellington Cabral Saraiva)**

1. Introdução	159
2. A Constituição de 1988, o princípio acusatório e o papel do Ministério Público	160
3. As medidas cautelares penais e a legitimidade exclusiva do Ministério Público	167
4. A legitimidade do Ministério Público e o modelo garantista de Ferrajoli	172
5. Conclusões	175
Referências	177

CAPÍTULO VII

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SOB A ÓTICA DO GARANTISMO INTEGRAL.....179 **(Andrey Borges de Mendonça)**

1. Introdução.....	181
2. Garantismo integral	182
3. Análise de alguns pontos da reforma do CPP.....	192
Conclusão	197
Referências	199

CAPÍTULO VIII

O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE APÓS A REFORMA PROCESSUAL DE 2008.....201 **(Rogerio Schietti Machado Cruz)**

1. Introdução	203
2. O juízo de admissibilidade em dois atos.....	203
3. Efeitos preclusivos do juízo negativo de admissibilidade.....	206
4. Níveis de cognição dos atos decisórios.....	207
5. Objeto do juízo de admissibilidade	209
6. A absolvição sumária.....	211
7. Diversidade dos graus de cognição.....	212

8. Rejeição da denúncia ou da queixa por estar extinta a punibilidade..... 214
 9. Rejeição da denúncia ou da queixa por atipicidade da conduta..... 215

CAPÍTULO IX

A ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS NO PROCESSO PENAL E O ESTADO-VÍTIMA 219 **(Grécio Nogueira Grégio e Carlos Eduardo Ribeiro Lemos)**

1. Introdução 221
 2. Infrações penais mais comuns em desfavor da Administração Pública e sua gravidade objetiva 222
 3. A necessidade de interveniência do Estado no feito: superando o dogma do MP como “*representante do Estado-vítima*” 224
 4. Medidas cautelares reais aplicáveis..... 227
 5. *A alienação antecipada, seus paradigmas e a conotação cível da proteção patrimonial* 228
 5.1. Elementos que permitem segurança ao julgador para o deferimento da medida 236
 6. Risco de ineficácia de medidas assecuratórias e vantagens da alienação antecipada 239
 6.1. Das vantagens da alienação antecipada 241
 7. Conclusões..... 242
 Referências 244

CAPÍTULO X

A MENTIRA DO RÉU E O ARTIGO 59 DO CP 245 **(Vladimir Aras)**

- Introdução..... 247
 1. Direito ao silêncio e à ampla defesa 247
 2. Verdade real e processo penal 248
 3. Estímulos à verdade no direito criminal brasileiro 251
 4. Mentira e crime 252
 4.1. Mentira e aplicação da pena: o suposto precedente do STF 255
 4.2. Mentira, personalidade e conduta social: efeitos no CP 258
 4.3. Outras objeções ao direito de mentir 259
 5. O direito de mentir: uma falácia 261
 5.1. Atual posição do STF quanto ao conteúdo do direito ao silêncio 264
 6. Equilibrando as estações: ampla defesa e lealdade processual 266
 7. Conclusão 268
 Referências 270

GARANTISMO PENAL INTEGRAL: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil - 4ª ed.

CAPÍTULO XI

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO DE AUXÍLIO À ATIVIDADE ESTATAL DE PERSECUÇÃO CRIMINAL	271
(Márcio Barra Lima)	
1. Introdução	273
2. O “Direito Penal Premial” como instrumento jurídico que objetiva aumentar a efetividade da persecução penal	274
3. Colaboração premiada: conceito, institucionalização no Direito Brasileiro e as recomendações de Direito Internacional	277
4. A utilização da colaboração premiada importa violação aos direitos fundamentais (suposto desrespeito ao “garantismo penal”)? – divergência doutrinária	281
5. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo e ético de acesso à efetiva justiça penal	284
6. Conclusão	292
Referências	294

CAPÍTULO XII

SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL, DUALIDADE E GLOBALIZAÇÃO: DUAS PROPOSTAS PARA REUNIFICAÇÃO E RETOMADA DA COERÊNCIA PERANTE O TEXTO CONSTITUCIONAL	297
(José Robalinho Cavalcanti)	
1. Introito.....	299
2. Sigilo bancário, privacidade e a dualidade da ordem jurídica vigente	300
3. Sigilo bancário sem o <i>status</i> constitucional	308
4. Globalização, sigilo bancário e mutação constitucional	312
5. À guisa de conclusão	320
Referências	321

CAPÍTULO XIII

SOBRE A PRESCRIÇÃO NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS A <i>ACTIO NATA</i> E A PREJUDICIAL ADMINISTRATIVA	323
(Eduardo Pelella)	
1. Introdução	325
2. A sacralização da prejudicial administrativa nos crimes tributários materiais	327

3. Da prescrição em matéria penal. Caracterização	332
4. <i>Actio nata</i>	336
5. O problema da consumação dos crimes tributários de natureza material O fato que “ainda não é típico”. A prejudicial tributária como condição objetiva de punibilidade ou elemento objetivo do tipo. O problema e a controvérsia sobre o início da contagem do prazo prescricional Impossibilidade de estabelecimento de um sistema híbrido Superposição e adição de prazos	339
6. Considerações finais	343
Referências	345

CAPÍTULO XIV

PARTICIPAÇÃO CRIMINAL DE AGENTES FINANCEIROS E GARANTIAS DE IMPUTAÇÃO NO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO	347
(André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber)	
1. Introdução	349
2. Ausência de elemento subjetivo entre o lavador e o agente financeiro	350
3. Limitação da responsabilidade por meio da adequação social	351
4. Risco permitido como limite da participação criminal do agente financeiro	352
5. Limitação de responsabilidade criminal por meio da proibição de regresso	354
6. Negócios <i>standard</i> (do agente financeiro) e limitação da responsabilidade	357
7. Lavagem de dinheiro e possibilidade de tipificação culposa	359
8. Dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada – a problemática do “transplante” da <i>Common Law</i> para a <i>Civil Law</i>	360
9. Excurso – Participação criminal do advogado no delito de lavagem	368
10. A aceitação pelo advogado de honorários com valores provenientes de atividade criminosa	369
11. A obrigação do advogado de prestar informações nos termos da nova lei de arbitragem	374
12. Conclusão	377

CAPÍTULO XV

PRISÕES PROCESSUAIS: UMA RELEITURA À LUZ DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL	379
(Rodrigo de Grandis)	
1. Introdução: anotações preliminares sobre a teoria do garantismo penal	381

GARANTISMO PENAL INTEGRAL: Questões penais e processuais,
criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil - 4ª ed.

1.1. Do confronto entre o direito penal mínimo e o direito penal máximo na teoria do garantismo penal	382
1.2. Breves apontamentos sobre o princípio da presunção de inocência e o encarceramento cautelar na perspectiva da teoria do garantismo penal	383
2. Análise da teoria do garantismo penal, do direito penal e do direito processual penal à luz dos princípios do Estado Social e Democrático de Direito	384
3. A função do direito penal e do direito processual penal no Estado Democrático e Social de Direito. Algumas observações sobre a criminalidade econômica	387
4. As prisões processuais sob a perspectiva do garantismo penal integral	391
Referências	396

CAPÍTULO XVI

NULIDADES NO PROCESSO PENAL ENTRE GARANTISMO, INSTRUMENTALIDADE E BOA-FÉ: A VALIDADE *PRIMA FACIE*

DOS ATOS PROCESSUAIS	397
(Antonio do Passo Cabral)	
1. O quadro atual das nulidades no processo penal brasileiro	399
2. A suposta virada pelo princípio da instrumentalidade na concepção das formalidades processuais.	401
3. Formalismo-valorativo e princípio de validade apriorística dos atos processuais.	404
3.1. Ônus argumentativo	407
3.2. Diferenças do raciocínio da instrumentalidade para o princípio de validade apriorística.	409
4. A equivocada compreensão individualista do “prejuízo” e sua necessária ligação com o contraditório.	410
5. As nulidades no processo penal: teoria geral e peculiaridades.	412
5.1. Boa fé no processo penal	416
5.2. O processo penal entre garantismo e eficiência. Pela relativização das nulidades no processo penal e a admissibilidade das alegações tardias	419
5.3. Recentes exemplos jurisprudenciais. A correta aplicação do princípio da causalidade.....	422
6. Conclusão.	424
Referências	425

CAPÍTULO XVII

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UM CONTRAPONTO À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO <i>HABEAS CORPUS</i> 84.078		431
(Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman)		
1. Introdução.....		433
2. Panorama constitucional.....		433
3. O Panorama supralegal.....		436
4. O Panorama legal e administrativo.....		438
5. Panorama da jurisprudência.....		439
6. Aplicação da eficácia imediata das sentenças penais incriminadoras em alguns países.....		445
7. Aplicação da eficácia imediata das sentenças penais incriminadoras no âmbito do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia		451
8. Conclusão		451

CAPÍTULO XVIII

DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR E DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA NOS CRIMES COM PENA MÁXIMA NÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS		453
(Alessandra Gabriella Borges Pereira Lorenzo)		
1. Introdução		455
2. Lei nº 12.403/2011: a inequívoca opção legis ^l ativa pela prisão cautelar como <i>ultima ratio</i>		456
3. Vetor interpretativo <i>para a solução</i> de controvérsias envolvendo a aplicação da nova lei: o garantismo penal integral		457
3.1. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli: apontamentos preliminares		458
3.2. O garantismo penal integral (ou proporcional)		460
4. Descumprimento de medida cautelar pessoal alternativa imposta quanto a crimes com pena máxima não superior a quatro anos: possibilidade de decretação da prisão preventiva		465
4.1. A disciplina das medidas cautelares pessoais: artigo 282 do Código de Processo Penal		467
4.2. Prisão substitutiva: desnecessidade de observância do artigo 313, inciso I, do CPP para a imposição de preventiva em virtude do descumprimento de cautelar		468
4.2.1. Princípio da homogeneidade: inexistência de óbice à decretação da preventiva		470

GARANTISMO PENAL INTEGRAL: Questões penais e processuais,
criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil - 4ª ed.

4.2.2. Indispensabilidade de fundamentação idônea acerca da necessidade, adequação e proporcionalidade, em sentido estrito, da prisão.....	472
5. Conclusões	473
Referências	474

CAPÍTULO XIX

ALTERAÇÕES ESTRUTURAIS PROMOVIDAS PELA LEI Nº 12.403/2011 NO REGIME DA PRISÃO EM FLAGRANTE	477
(Marcelo Cardozo da Silva)	
Introdução	479
1. Da alteração estrutural promovida pela Lei nº 12.403/2011 ao regime jurídico da prisão em flagrante no âmbito do CPP	479
1.1. Da necessidade da atualização do regime infraconstitucional da prisão em flagrante.....	479
1.1.1. A liberdade provisória como limite de toda prisão cautelar e a prisão em flagrante.....	480
1.1.2. A instrumentalidade das prisões cautelares e a prisão em flagrante.....	481
1.1.3. A imprescindibilidade como critério de toda prisão provisória cautelar e a prisão em flagrante.....	483
1.1.4. A reserva de jurisdição como sede para o decreto de todas as prisões cautelares e a prisão em flagrante.....	485
2. Do sentido da alteração promovida pela Lei nº 12.403/2011 ao regime infraconstitucional da prisão em flagrante.	487
Conclusão	490
Referências	491

CAPÍTULO XX

A SUPRESSÃO DO RECURSO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM CASO DE ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO: QUANDO FERRAJOLI SI È SBAGLIATO	493
(Alexander Araujo De Souza)	
1. Introdução	495
2. A impossibilidade de o Ministério Público recorrer em caso de absolvição do acusado nos países de tradição anglo-saxônica	496
3. Recentes hipóteses de supressão do recurso do Ministério Público em países de tradição romano-germânica.....	501
4. A supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado na doutrina de Luigi Ferrajoli: garantismo e (dis)paridade de armas?.....	503

5. A impossibilidade de supressão do recurso do Ministério Público em caso de absolvição do acusado no ordenamento brasileiro: o <i>Parquet</i> como parte imparcial no processo penal.....	507
Referências	514

CAPÍTULO XXI

RENÚNCIA AO JULGAMENTO PELO JÚRI NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. WAIVER OF JURY TRIAL IN BRASILIAN CRIMINAL PROCEDURE.....	519
(Vladimir Aras)	

Introdução.....	521
1. O tribunal do júri.....	521
2. Da publicidade restrita no júri.....	522
3. O duplo grau de jurisdição como garantia do <i>fair trial</i>	523
4. Existem alternativas para garantir o <i>fair trial</i> em júris midiáticos?	524
5. O desaforamento como paliativo contra a parcialidade do júri.....	524
6. Com ou sem júri? Da renúncia ao júri no direito comparado.....	526
7. Da renúncia ao julgamento pelo júri no Brasil.....	528
8. Conclusão.....	530
Referências.....	531

CAPÍTULO XXII

REFLEXÕES SOBRE O ATO DE JULGAR NA JUSTIÇA PENAL.....	533
(Américo Bedê Junior)	

1. Introdução	535
2. A busca pela verdade	535
3. O conceito de justiça	539
4. Decisão imparcial.....	546
5. O esquecido no julgamento penal	547
6. Conclusão.....	549

CAPÍTULO XXIII

POR QUE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE DESCAMINHO, SUBJACENTE À TARIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA, NÃO SE COADUNA COM O GARANTISMO PENAL CONTEXTUALIZADO NA LEI FUNDAMENTAL?	551
(Vilvana Damiani Zanellato)	

1. Introdução.....	553
2. Aplicação do Princípio da Insignificância ao Delito de Descaminho.....	554

GARANTISMO PENAL INTEGRAL: Questões penais e processuais,
criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil - 4ª ed.

3. Inadequação dos critérios utilizados para a aplicação do Princípio da Insignificância ao Delito de Descaminho à luz do Garantismo Penal Integral	561
4. Considerações finais	568
Referências	570

CAPÍTULO XXIV

AGENTE INFILTRADO: ANÁLISE DESDE UMA PERSPECTIVA GARANTISTA	571
(Flávio Cardoso Pereira)	

1. Considerações iniciais	573
2. Um problema preliminar a ser enfrentado: a dicotomia eficiência <i>versus</i> garantias no processo penal.....	574
3. A criminalidade organizada no contexto contemporâneo	579
4. Meios de obtenção de provas no enfrentamento ao crime organizado	581
5. Agente infiltrado. Notas essenciais.....	584
5.1. Origens históricas.....	584
5.2. Conceito e características de uma infiltração de agentes	585
5.3. Requisitos necessários a atuação de um agente infiltrado.....	592
6. A Lei 12.850/13: quais foram as novidades?	594
7. Valoração da prova obtida pelo infiltrado	597
8. Conclusão	599
Referências	601

CAPÍTULO XXV

HC 127.900/AM: DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES AO GARANTISMO PENAL	605
(Eliseu Antônio da Silva Belo e Vinícius Marçal)	

1. Apresentação do tema.....	607
2. Compreendendo melhor o teor do que decidido no HC 127.900.....	612
3. Interrogatório como último ato e concretização do sistema acusatório	619
4. Considerações finais	621
Referências	623