

DO GARANTISMO INTEGRAL AO GARANTISMO À BRASILEIRA: ENSAIOS SOBRE O MODO GARANTISTA HIPERBÓLICO MONOCULAR E SEUS REFLEXOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nany Papaspyrou Marques*

Resumo

Este artigo pretende revelar os contornos e alcance normativos da teoria garantista de Luigi Ferrajoli e a sua influência prática no sistema jurídico penal brasileiro. Inicialmente, será empreendida uma breve visitação ao seio da Teoria do Garantismo Integral proposta pelo jurista italiano e, em seguida, demonstrar-se-á a absoluta distorção daquela teoria, como visto de modo claro em inúmeras circunstâncias judiciais no Brasil, o que resultou na instituição do denominado garantismo hiperbólico monocular ou garantismo à moda brasileira. Da defesa e proposta de um sistema processual penal integralmente garantista e, por conseguinte, equilibrado, justo e proporcional, segundo a teoria de Ferrajoli, resultou, no Brasil, uma visão restrita, monocular e distorcida, pois a aplicação do direito penal brasileiro curva-se ao exagero das garantias outorgadas ao acusado em detrimento dos direitos da vítima e de toda a sociedade, ferindo, assim, o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: Sistema Jurídico Penal Brasileiro. Estado Democrático de Direito. Constituição da República de 1988. Garantismo Integral. Garantismo Hiperbólico Monocular.

* Especialista em Pós-graduação em Direito Público aplicado pela Universidade FUMEC. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 dispõe a todos os brasileiros, direitos e garantias fundamentais, aos quais garante a responsabilidade do Estado de assegurá-los com efetividade, de acordo com os limites impostos à sua atuação, mediante o devido processo legal e especialmente dentro do parâmetro de um Estado Democrático de Direito.

A teoria do garantismo penal, estudada por Luigi Ferrajoli, traduz claramente o adequado desenvolvimento de um estado de direito equilibrado, proporcional e integral, correlato às garantias jurisdicionais presentes em uma relação processual penal.

Atuar conforme os preceitos do Estado Democrático de Direito significa assumir responsabilidade por sua preservação, sendo esta a essência pura da Teoria do Garantismo Penal Integral, que vela pela proteção dos direitos e garantias fundamentais individuais e, ao mesmo tempo, revela à sociedade o direito de ter instrumentos processuais que lhe tragam estabilidade e segurança no meio coletivo, de forma que haja entre os interesses individuais e sociais, verdadeira harmonia e ponderação dos valores constitucionais.

O equívoco constatado, tal como será explanado no presente escrito, é que, atualmente, no Brasil, os anseios de segurança e justiça da sociedade não vêm sendo atendidos de forma justa e adequada, pois se nota que a interpretação e aplicação do sistema jurídico penal, em inúmeros casos, tem se desenvolvido de modo contrário ao ideal proclamado na essência da Teoria do Garantismo Integral proposta por Ferrajoli. Isso porque os interesses individuais têm aproveitado de máxima proteção em flagrante detrimento dos interesses sociais. Esta é a mais nítida configuração do garantismo monocular e hiperbólico presente no direito brasileiro.

O chamado garantismo hiperbólico monocular, expressão dada por Douglas Fischer, significa proteção exagerada e desproporcional ao réu na relação penal processual e está interligado à sensação de impunidade, que supervaloriza os direitos individuais e, ao mesmo tempo, reprime a proteção dos interesses coletivos e sociais, abalando a justiça e deixando a segurança jurídica à margem de dúvidas e instabilidade.

Não é correto, tampouco aceitável, utilizar a fundamentação da teoria garantista do autor Ferrajoli de forma distorcida com o escopo de sustentar teses defensivas que intentam deslegitimar a persecução penal até se alcançar a impunidade indevida, seja qual for o grau de lesividade cometido ao bem jurídico. Tal conduta, como adiantado, é nominada pela doutrina de garantismo à brasileira, visto que se caracteriza pela forte inversão de valores presentes nas

relações jurídicas do Brasil, refletindo e colidindo de frente, de forma negativa e preocupante, com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

2 O GARANTISMO PENAL (INTEGRAL) DA DOCTRINA DE FERRAJOLI E OS SEUS FUNDAMENTOS

Garantismo é uma expressão vinculada ao Direito Penal e Processual Penal, estudada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli (2014), em sua obra *Direito e Razão*, que surgiu com a pretensão de cessar as violações aos direitos fundamentais e as manifestações de um estado totalitário vigente em certo período na Itália. Nasceu com a preocupação de estabelecer marcos teóricos sociais, de forma a democratizar a legislação italiana. Nesse cenário, o autor Douglas Fischer (2009) ressalta as palavras de Paulo Rangel:

Como muito bem sintetizado por Paulo Rangel, a teoria do garantismo penal defendida por Luigi Ferrajoli é originária de um movimento do uso alternativo do direito nascido na Itália nos anos setenta por intermédio de juízes do grupo Magistratura Democrática (dentre eles Ferrajoli), sendo uma consequência da evolução histórica dos direitos da humanidade que, hodiernamente, considera o acusado não como objeto de investigação estatal, mas sim como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que passa a ter o poder-dever de protegê-lo, em qualquer fase do processo (investigatório ou propriamente punitivo). (FISCHER, 2009, p. 2).

O autor ainda acrescenta:

Não por outro motivo que pensamos que o Tribunal Constitucional Alemão também (embora não só por isso) desenvolveu (e muito bem) a necessidade de obediência (integral) à proporcionalidade na criação e aplicação das regras, evitando-se excessos (*übermaßverbot*) e também deficiências (*untermaßverbot*) do Estado na proteção dos interesses individuais e coletivos. Ainda em sede exemplificativa, entendemos que a teoria da Constituição Dirigente de Canotilho restou diretamente influenciada pela realidade imposta pelo regime totalitário em Portugal, reclamando-se a defesa irrestrita dos postulados fundamentais de uma Constituição Democrática. (FISCHER, 2009, p. 2).

Em outras palavras, a Teoria Garantista foi criada para tutelar os direitos fundamentais considerando todos os cidadãos como sujeitos de direitos e, nesse contexto, surgiu a necessidade desses direitos serem protegidos pelo Estado de maneira equilibrada, conforme a criação e aplicação integral das regras, evitando-se excessos e deficiências no âmbito de proteção aos interesses individuais e coletivos, o que até então, em períodos totalitários, não se falava.

De acordo com Luigi Ferrajoli (2014), o garantismo possui os seguintes significados:

Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia aos direitos dos cidadãos. É consequentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2014, p. 786).

De acordo com essa primeira definição, o garantismo traduz como um modelo normativo de direito e, assim, Ferrajoli (2014) vê o Sistema Garantista (denominado por ele como SG) como próprio do Estado de Direito.

Em contrapartida, numa segunda definição:

Em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, mas também pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ do ‘dever ser’ no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2014, p. 786).

Essa segunda definição do garantismo demonstra precisamente a inconsonância entre normatividade e realidade. Douglas Fischer (2015) resume essa segunda definição de garantismo em apenas uma frase: “o juiz não tem obrigação jurídica de aplicar as leis inválidas (incompatíveis com o ordenamento constitucional), ainda que vigentes.” (FISCHER, 2015, p. 36).

Por fim, numa terceira definição, Luigi Ferrajoli (2014) assevera que:

‘Garantismo’ designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2014, p. 787).

Em suma, de acordo com essa terceira definição, o garantismo dispõe de um ponto de vista político, cabendo ao Direito e ao Estado a tutela e a garantia de todos os interesses e de todos os bens jurídicos.

Para Luigi Ferrajoli (2014), a Teoria do Garantismo é resultado desses três significados, os quais têm, ao seu ver, nas palavras do Douglas Fischer (2015): “o caráter vinculado do poder público ao Estado de direito; a separação entre validade e vigência; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade.” (FISCHER, 2015, p. 36).

Pode-se dizer que o garantismo diz respeito à vinculação do Estado e dos particulares aos bens e valores constitucionais e à própria garantia ao devido processo legal, ou seja, uma garantia atribuída às partes processuais de serem conduzidas no processo por um princípio norteador de todos os demais princípios imprescindíveis em uma relação processual, de forma também a assegurar os direitos fundamentais individuais, como também os coletivos, e limitar a atuação de uma parte em relação a outra, tutelando, assim, efetivamente, os preceitos do ordenamento jurídico, conforme dispõe a Constituição de 1988.

De fato, o art. 5º, LIV, da CR/88, dispõe que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Tal princípio, expresso no presente artigo constitucional, contribui grandiosamente para o significado do garantismo estabelecido por Luigi Ferrajoli, pois busca a prática dos valores essenciais à sociedade e, principalmente, objetiva alcançar o ideal do justo. Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) esclarece que o princípio do devido processo legal é analisado em dois sentidos - substancial e formal:

No sentido substancial o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas. **É campo para a aplicação dos princípios – ou como prefere parcela da doutrina, das regras – da razoabilidade e da proporcionalidade,** funcionando sempre como controle das arbitrariedades do Poder Público.

(...)

No sentido formal encontra-se a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais. **Contemporaneamente, o devido processo legal vem associado com a ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos.** (NEVES, 2016, p.114, grifo nosso).

Nesse sentido, o princípio do devido processo legal é um instrumento de garantias fundamentais que deve ser seguido de forma equilibrada e harmônica em uma relação processual. Conforme a teoria de Ferrajoli (2014), deve ser amparado pelos princípios fundantes do garantismo, de incumbência, principalmente, ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.

Trata-se de devido processo penal constitucional, conforme assevera Eugênio Pacelli de Oliveira (2015):

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida a exigências de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição sobre a qual exerce o monopólio. (OLIVEIRA, 2015, p. 8-9).

Ademais, de acordo com a visão de Estado Social e Democrático de Direito e com os preceitos do Sistema Garantista, é importante frisar que este tem como pressuposto a proteção dos direitos e garantias fundamentais, sejam elas individuais, sejam elas coletivas, e a exigibilidade de assegurar todos os bens e valores previstos na Constituição da República de 1988.

Assim, diante da proteção dos direitos fundamentais e individuais existentes num ordenamento jurídico de viés democrático, Douglas Fischer (2015) ressalta:

Concordamos plenamente que, como uma primeira aproximação, a teoria garantista – cujo marco histórico fundamental inicial foi, efetivamente, a obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli e o movimento integrado por ele e outros magistrados da Itália – tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais (denominados direitos de primeira geração) estabelecidos precipuamente na Constituição da República.

(...)

Louvamos e defendemos abertamente a efetiva proteção dos direitos fundamentais individuais, mas não se pode olvidar (e aqui um dos pontos a destacar pelas omissões doutrinária e jurisprudenciais em nosso sistema) que a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos coletivos e sociais), também deveres (que igualmente são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil), e está calcada em inúmeros princípios e valores que não podem se esquecer ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão sistêmica e integral dos comandos da Carta Maior. (FISCHER, 2015, p. 32).

Percebe-se, que o garantismo é associado ao princípio do devido processo legal vinculado à razoabilidade, proporcionalidade, que são a base de um processo probatório, íntegro e justo entre os sujeitos processuais. Logo, o princípio busca a valoração de todos os direitos e também deveres existentes no ordenamento jurídico, como forma de proporcionar a ampla participação de todas as partes no processo de forma integral e sistêmica, tornando efetivo o Sistema Garantista.

Contudo, a Constituição da República de 1988, além de defender abertamente a proteção dos direitos fundamentais individuais, prevê igualmente os direitos coletivos e sociais, previstos, como, por exemplo, no Título II, Capítulo I, do seu texto, como forma de

maximizar os fundamentos garantistas, e estes outros direitos e deveres devem ser igualmente considerados pelo sistema jurídico, como assim a Magna Carta determina.

Desse modo, diante da linha securitária de Ferrajoli, o garantismo preza pela proteção dos direitos e garantias constitucionais positivadas no ordenamento jurídico dentro de uma relação processual, na qual existe uma reciprocidade com a Constituição, ou seja, uma tutela constitucional do processo no contexto do Estado Social e Democrático de Direito.

3 GARANTISMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Um dos princípios fundamentais e estruturantes da Constituição da República de 1988 é o princípio do Estado Democrático de Direito, denominado também como Estado Constitucional. Previsto no artigo 1º da Magna Carta, o Estado Democrático de Direito, segundo o professor Gregório Assagra de Almeida: “é a força organizativa da sociedade em grau máximo, e possui tutela jurídica ampla” (informação verbal)¹.

Para Bernardo Gonçalves Fernandes (2016), o Estado Democrático de Direito, além de ser um princípio, se configura também como um paradigma das práticas jurídicas contemporâneas, como afirma o autor:

Na realidade, o Estado Democrático de Direito é muito mais que um princípio, configurando-se em verdadeiro paradigma – isto é, pano de fundo de silêncio – que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas. Vem representando, principalmente, uma vertente distinta dos paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Aqui a concepção de direito não se limita a um mero formalismo como no primeiro paradigma, nem descamba para uma materialização totalizante como no segundo. A perspectiva assumida pelo direito caminha para a procedimentalização e, por isso mesmo, a ideia de democracia não é ideal, mas configura-se pela existência de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, **permitindo e sendo poroso à participação dos atingidos, ou seja, da sociedade.** (FERNANDES, 2016, p. 292, grifo nosso).

Sob esse aspecto, o Estado Democrático de Direito, instrumento de tutela das liberdades fundamentais e parâmetro de aferição da constitucionalidade nas relações processuais, possui importante relação com o Sistema Garantista, pois ambos têm como finalidade proporcionar a participação de todos os atingidos em uma relação processual, sejam ambas as partes, seja o próprio estado, como também a sociedade, sob a égide do constitucionalismo e da soberania popular.

¹ Aula de Direitos Coletivos ministrada pelo professor Gregório Assagra de Almeida na Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, 28 out. 2016.

O garantismo busca a proteção aos direitos fundamentais, às garantias nas normas constitucionais e à concretização da democracia, enaltecendo, assim, o Estado Democrático de Direito, no qual sucede a constitucionalização e o respeito aos valores fundamentais de uma sociedade.

Nesse diapasão, Ferrajoli afirma que o estado de direito é um sistema de metarregras, ou seja, de limites que configuram um conjunto de garantias liberais e sociais, no sentido social e substancial da democracia, que se contrapõe ao Estado Absoluto.

Nas exatas palavras do autor:

O Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses vitais de todos. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto. (FERRAJOLI, 2014, p. 797).

Na ocasião, vale reconhecer a importância do princípio da proporcionalidade como pressuposto de efetividade da democracia, o qual contribui para a limitação e disciplina dos poderes públicos no Estado Democrático de Direito.

O princípio da proporcionalidade, conhecido também como princípio da razoabilidade, atualmente, possui uma dupla face, além da proibição do excesso, que veda a pena exagerada, excessiva e desnecessária, possui também a face da proibição da proteção insuficiente de bens jurídicos, que não admite uma pena falha, insatisfatória e incapaz de proporcionar a adequada resposta penal de acordo com o tamanho do dano causado, ou seja, também não se pode punir menos do que o necessário para a proteção do bem jurídico, não se admite a proteção deficiente do direito penal.

De igual modo, Cleber Masson (2016), em citação à lição de Paulo de Queiroz, anota:

Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição do excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos. (MASSON, 2016, p. 56).

A proibição do excesso se refere ao denominado garantismo positivo, e a proibição da proteção insuficiente de bens jurídicos é chamada de garantismo negativo. A soma desses dois

garantismos, positivo e negativo, forma o chamado garantismo integral estudado pelo autor Luigi Ferrajoli, também denominado como garantismo binocular, o qual visa resguardar os direitos fundamentais, não só do réu, mas também da vítima, fortalecendo a presunção de inocência, como também o sistema acusatório, considerando, assim, os dois lados do processo, de forma a tutelar, contudo, os interesses da sociedade em geral.

É sabido, pois, que o princípio da proporcionalidade está inteiramente ligado ao Sistema Garantista de Ferrajoli, como os demais princípios constitucionais. Assim, dentro do axioma do Estado Democrático de Direito, eles atuam como instrumentos normativos consagradores dos direitos fundamentais do cidadão.

Contudo, sob a égide do princípio da proporcionalidade, além da pretensão punitiva do Estado, destaca o professor Leonardo Barreto Moreira Alves (2016, p. 31) a importância de se observar, também, a visão constitucional-garantista do processo (Processo Penal Constitucional) como forma de tutela ao indivíduo, e não apenas como meio de aplicação do Direito Penal, pois há grande desigualdade material entre os instrumentos do Estado e a defesa do réu.

Atentando-se para um processo penal justo, de forma a estabelecer um ponto de equilíbrio, entra a pretensão punitiva do Estado e a pretensão de liberdade do réu, sempre atinente aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais consagrados no ordenamento jurídico.

Ademais, na ótica do Cleber Masson (2016, p. 54), os tipos penais devem ser criados e constituídos de forma vantajosa para a sociedade, atribuindo-se, assim, a todos, os ônus resultantes do preceito punitivo de cada um em razão da ameaça de punição que neles contém.

Nesse cenário, certo é que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é garantista e seus preceitos são elencados conforme determina um Estado Social e Democrático de Direito, ou seja, na seara não só dos direitos fundamentais (individuais e também coletivos), como também para proteção dos deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), de forma a aplicar harmonicamente o Direito Penal e o Direito Processual Penal nas relações judiciais, tese central do garantismo integral, tal como afirma Douglas Fischer (2015):

Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos *integrals* do sistema garantista. (FISCHER, 2015, p. 41).

Entretanto, nem sempre se vê a proteção dos direitos individuais e coletivos contidos em uma relação processual penal de forma integrada e sistêmica, como prevê o Sistema Garantista do autor Luigi Ferrajoli e a Constituição da República de 1988, a qual carrega consigo os preceitos de um Estado Democrático de Direito.

4 A DISTORÇÃO DA TEORIA DO GARANTISMO INTEGRAL: garantismo hiperbólico monocular ou garantismo à brasileira

Embora entendido que o pensamento garantista no sentido de Estado Democrático de Direito é visto como evolução histórica dos direitos individuais e coletivos e da proteção integral destes, nota-se, nos dias atuais, de forma cada vez mais constante, a distorção dos reais pilares originários da doutrina de Luigi Ferrajoli em diversas situações no mundo jurídico brasileiro.

O denominado garantismo hiperbólico monocular, como o próprio nome diz, é o garantismo exagerado e desproporcional direcionado apenas, de forma isolada, a uma parte do processo, ou seja, ele assegura apenas os direitos subjetivos do réu. É a visão parcial, ou mesmo o desvirtuamento, a distorção da Teoria Garantista Integral nascida na Itália, que vem preponderando nas relações jurídicas, especialmente, nas relações penais e processuais penais de todo o Brasil, motivo pelo qual foi denominado também pelos doutrinadores de Garantismo à Brasileira.

De fato, o Garantismo Hiperbólico Monocular não possui uma compreensão integral, ampla e democrática, se assim se pode dizer, dos postulados garantistas amparados em um Estado Democrático de Direito e na Constituição República de 1988, observados pelo Sistema Garantista Integral, pois amplia de maneira exagerada o dever de proteção dos direitos e garantias do réu no processo, restringe os direitos e garantias do autor/vítima e, conseqüentemente, não atende de forma eficaz aos interesses da sociedade.

Essa nova realidade vem enfraquecendo cada vez mais, e de forma preocupante, o papel efetivo do Estado, que tem como finalidade a busca do equilíbrio na proteção de todos os direitos e deveres, sejam eles individuais, sejam eles coletivos, previstos na Magna Carta.

Douglas Fischer (2009) corrobora para esse entendimento, dizendo que:

Parece bastante simples constatar que a Teoria do Garantismo se traduz em verdadeira tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do Direito Penal. Vale dizer: quer-se estabelecer uma imunidade – e não im(p)unidade – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante

regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses coletivos.⁽⁸⁾ Se todos os Poderes estão vinculados a esses paradigmas – como de fato estão –, especialmente é o Poder Judiciário que tem o dever de dar garantia aos cidadãos (sem descuidar da necessária proteção social) diante das eventuais violações que eles virem a sofrer. Desse modo, a sujeição do juiz à lei não mais é – como sempre foi pelo prisma positivista tradicional – à letra da lei (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acrítico e incondicionado, senão uma sujeição à lei, desde que coerente com a Constituição vista como um todo. (FISCHER, 2009, p. 3).

Frise-se, por oportuno, que, conforme as palavras do autor e a Teoria do Garantismo Integral, tutelar os valores ou direitos fundamentais, estabelecer imunidade aos cidadãos contra as arbitrariedades estatais, não significa deixar de punir, estabelecer vantagens, atuar de forma desproporcional ou não cumprir o princípio do devido processo legal de forma a violar os preceitos de um Estado Democrático de Direito.

A proteção ao mais fraco, à parte hipossuficiente, é sem dúvidas umas das finalidades da teoria garantista integral. Porém, não deve ser a única e a mais importante, já que o equilíbrio é essencial nas relações processuais. Como dito anteriormente, o garantismo negativo (proibição da proteção insuficiente de bens jurídicos) é apenas uma parte do garantismo integral, que deve ser equilibrado com o garantismo positivo (proibição do excesso), para se alcançar um resultado eficaz, o qual é necessária a coerência entre a segurança (proteção ao mais fraco) e eficiência (não à impunidade) de uma forma mais racional e mais razoável para a solução do conflito. Nesse sentido, complementa Douglas Fischer (2009):

Em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável. (FISCHER, 2009, p. 3).

De outro lado, o Garantismo Hiperbólico Monocular, presente em diversas relações judiciais, protege apenas e tão somente os direitos fundamentais dos investigados, processados e condenados e não busca, assim, concretizar os deveres fundamentais a serem desempenhados pelo Estado, que não efetiva seu poder punitivo de forma justa e adequada, gerando insegurança para a sociedade, que se distancia gradativamente da pacificação social.

Nesse cenário, arremata Douglas Fischer (2009):

Em muitas situações, ainda, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes, da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos, em nossa crítica, que se tem difundido um *garantismo penal* unicamente monocular e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados. (FISCHER, 2015, p. 42).

Eis aí, justamente, o problema. Nota-se, no sistema jurídico brasileiro, uma verdadeira inversão de valores, donde se vê efetiva manifestação não de defesa ampla, mas sim exagerada, em flagrante desequilíbrio a favor do acusado. De outro lado, está o descaso, a dificuldade e a solidão que as vítimas, por corolário toda a sociedade, muitas vezes enfrentam para alcançarem a devida proteção à tutela dos bens jurídicos, tal como proclamado pela Constituição da República de 1988.

Viola, assim, o princípio da efetividade do processo penal por não atingir direta ou indiretamente todos aqueles interessados na resolução do conflito processual, seja a vítima, seja a família da vítima, sejam as testemunhas e, principalmente, a sociedade em si, que espera uma resposta do Estado quanto à violação de seus direitos fundamentais, individuais ou sociais.

Inexistem dúvidas a respeito da influência do regime ditatorial vivido num passado próximo no Brasil (1964-1985), no qual muitas garantias e direitos fundamentais sofreram violações por obra de atos abusivos do então estado de exceção, quando foram experimentadas pela população brasileira injustas ações praticadas contra aqueles que, na época, se viram na situação de investigados e processados sem a necessária preocupação com suas garantias fundamentais.

Em decorrência disso, o princípio da ampla defesa, de forma coerente e justa, se tornou um dos mais importantes elementos de essência do devido processo legal brasileiro, garantindo ao acusado tratamento justo e humano, segundo assevera a doutrina de Renato Brasileiro Lima (2016):

Por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de recursos privativos da defesa, a proibição de *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc., privilégios estes que são reunidos no princípio do *favor rei*. (LIMA, 2016, p. 52).

Entretanto, é sabido que há limites no Direito que devem ser respeitados, inclusive, pela defesa, como afirmam, com propriedade, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2015):

(...) o princípio da ampla defesa não quer significar defesa ilimitada, irrestrita, antiética. Existem limites traçados e impostos pelo Direito, sendo um equívoco e uma deturpação invocar o garantismo penal para justificar posturas abusivas, desleais no direito de defesa. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2015, p. 106).

Com raciocínio semelhante, utilizar a teoria garantista para fundamentar atitudes contrárias aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, além de ser um equívoco, é devastador, pois gera oportunidade para o campo da impunidade, deslealdade, fraude, malícia, para a improcedente absolvição do réu e, conseqüentemente, para a injustiça.

Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2015) acrescentam:

O exagero garantista, no sentido de que a ‘defesa tudo pode’, é tão gritante que chega ao ponto de ensejar decisões inacreditáveis, que acabam fomentando comportamentos maliciosos, criminosos e desonestos dos réus no processo penal, desde que não venham a atingir os interesses de particulares, em uma visão individualista e – data vênica – ultrapassada de um processo penal verdadeiramente democrático e garantista. (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2015, p. 111).

Tal garantismo distorcido, presente em diversas decisões judiciais no nosso país, inviabiliza a punição dos crimes e veda o equilíbrio das garantias fundamentais às partes processuais, dando margem a arranjos desleais no processo, atendendo somente aos anseios do réu, de forma a livrá-lo da punição a todo custo.

Nesse sentido, conforme a consagração do princípio da boa-fé, o Garantismo Hiperbólico Monocular viola de forma abusiva a lealdade processual que, por parte da defesa, acaba atingindo o interesse de toda a coletividade e impede, assim, o bom funcionamento do processo penal.

Infelizmente, o Garantismo Hiperbólico Monocular, também chamado de Garantismo à Brasileira, tem estado bastante presente no cotidiano forense do Brasil, havendo vários casos concretos que demonstram a sua incidência nas relações processuais penais e seus inadequados reflexos oriundos da fragmentação da Teoria Garantista Italiana.

5 APLICAÇÃO DO MODELO GARANTISTA HIPERBÓLICO MONOCULAR NO BRASIL

De certa forma, para melhor entendimento deste estudo, é importante complementá-lo, apresentando exemplos da atuação do modelo garantista no Brasil e expondo, por

consequência, os reflexos da sua aplicação fragmentária nas constantes decisões judiciais do país.

Uma decisão interessante e inusitada, que representa de forma clara a aplicação do Garantismo Penal Hiperbólico Monocular, modelo este criticado no presente artigo, ocorreu no ano de 2015, na Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Crime nº 70057362683, na qual o Diógenes Vicente Hassan Ribeiro foi o relator:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AUTORIA DEMONSTRADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. MAJORANTE AFASTADA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONCURSO MATERIAL INVIÁVEL. MAJORANTE ESPECÍFICA. ABSOLVIÇÃO. RECEPÇÃO DOLOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO.

Inversão da ordem dos questionamentos. A declaração de nulidade processual em razão de violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal depende de irresignação tempestiva da parte, isto é, de registro de inconformidade na ata de audiência o que não ocorreu. Preliminar rejeitada. Tráfico de drogas. Circunstâncias da prisão em flagrante que demonstram, de forma inequívoca, o tráfico de drogas. Réu preso juntamente com adolescente (não localizado em juízo), após correr ao avistar a viatura de polícia. Apreensão de 96 pedras de crack (16,8g) e munições dentro da mochila que carregava, bem como de uma arma de fogo na cintura.

Menor encontrado com outra arma, de mesmo calibre. Alegação de consumo pessoal inconsistente diante do contexto da apreensão, forma de acondicionamento da droga e posse concomitante de armas. Condenação mantida. Majorante do tráfico. O mero fato ocasional de o crime ter sido cometido próximo à instituição de ensino não é capaz de majorar a pena. Com respeito aos entendimentos em contrário, ou seja, de que o inciso III do artigo 40 da Lei de Drogas configura majorante objetiva, entendo que a função da majorante é conferir maior reprovabilidade à conduta delitiva de tráfico que se vale da existência das instituições elencadas pelo referido artigo, ou seja, que se beneficia do movimento ou da condição de vulnerabilidade de seus frequentadores. Majorante afastada. Porte ilegal de arma de fogo. O uso de arma de fogo é majorante específica do crime de tráfico de drogas, não podendo ser denunciado como conduta autônoma. Concurso material que prejudica o réu, na medida em que importa duas penas somadas, e não uma exasperada, podendo ainda embasar a manutenção da prisão preventiva e agravar o regime carcerário. **Porte de arma destinado à proteção pessoal em razão do comércio de entorpecentes praticado e ao guarnecimento da atividade ilícita. Corolário lógico é absolvição por atipicidade. Recepção. A arma de fogo de calibre 38, apreendida com o réu durante a prisão em flagrante, foi furtada no ano de 2010 conforme registro de ocorrência anexo. Tendo sido denunciada a conduta de recepção na modalidade dolosa, impossível presumir que se o réu tinha ciência de que o revólver fosse objeto de crime. Absolvição mantida.** RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

O julgamento da apelação citada se refere a um crime de tráfico de drogas com porte ilegal de arma de fogo, a qual manteve a condenação pelo crime de tráfico e, de modo surpreendente, afastou-se a majorante do crime legalmente prevista de forma expressa, qual seja, porte ilegal de arma de fogo (art. 40, IV, da Lei de Drogas nº. 11.343/2006), devido ao fato de que, conforme o entendimento do magistrado, o porte ilegal de arma de fogo era:

“destinado à proteção pessoal em razão do comércio de entorpecentes praticado e ao guarnecimento da atividade ilícita” e, sendo assim, não poderia ser causa para majorar a pena atribuída ao réu.

Com todo respeito ao posicionamento mencionado, percebe-se que o julgamento citado é exemplo da aplicação inadequada do garantismo penal na justiça brasileira. Como este, outros julgamentos também garantistas de forma excessiva foram a causa para o surgimento e para a recorrente atuação da preocupante Teoria Garantista à Brasileira, que, de forma injusta, protege absurdamente os direitos fundamentais apenas dos investigados, processados ou condenados, proporcionando, de tal modo, um desequilíbrio nas relações processuais penais e uma insegurança jurídica no ordenamento brasileiro.

De igual modo, além de decisões judiciais como esta, presentes em diversos entendimentos jurisprudenciais discriminantes, grande parte dos operadores do direito se utiliza de interpretações excessivamente garantistas sobre os dispositivos de lei e promovem a deturpação de conceitos e teorias, que são nada mais do que formas de evitar a punição suficiente dos bens jurídicos, para se chegar a uma pena falha e desproporcional à lesão causada até a infeliz impunidade.

E, muitas vezes, operadores do direito, em número significativo e assustador, utilizam desse garantismo hiperbólico monocular com o objetivo não só de se chegar à desmerecida impunidade do réu, mas também para se beneficiarem de uma forma ou de outra, seja na área financeira, social ou política das quais fazem parte, fortalecendo, indiscutivelmente, ainda mais a corrupção e a violência em todos seus sentidos.

Com isso, as polícias, o Ministério Público ou até mesmo os magistrados, órgãos incumbidos de investigar, fiscalizar e julgar, muitas vezes, ficam desvalidos, não podendo exercer suas funções de forma eficaz e justa, por serem impedidos de atuar, não com paridade, devido ao fato de o réu ser considerado o mais vulnerável na relação processual penal, mas com equilíbrio e razoabilidade diante da defesa, conforme determina o chamado devido processo legal.

Outros exemplos de garantismo ao excesso são: a possibilidade da mentira do réu em seu interrogatório, o prazo limitado para as interceptações telefônicas, a insignificância nos crimes tributários inferiores ou igual a dez mil reais e a invalidade das provas obtidas sem autorização judiciária, entre outros. Estes são exemplos permitidos em lei, dos quais os investigados e acusados tiram proveito para se protegerem de qualquer modo e a qualquer custo, sendo impedidos muitas vezes de serem processados, mesmo com grandes chances de serem os autores do crime.

Como visto, a Teoria Garantista Hiperbólica Monocular não favorece a aplicação dos preceitos do Estado Democrático de Direito. Muito pelo contrário, ela distancia os fundamentos democráticos, as concepções de igualdade e proporciona desvirtuamentos e desequilíbrios nas relações jurídicas.

Incorpora-se à crítica que ressaí do presente texto, erigida contra o garantismo à brasileira, a justa e necessária tutela aos bens jurídicos relacionados à vítima e à sociedade, à medida que, ante o crescimento das posições interpretativas hiperbólicas monoculares garantistas, o que se vê é um verdadeiro distanciamento do ideal proclamado na essência do Estado de Direito Constitucional que, dentre outras funções, deve proteger e assegurar os direitos e garantias de todos os cidadãos, alcançando-se dessa forma o bem comum.

7 CONCLUSÃO

Em tempos hodiernos, clama e reclama toda a sociedade brasileira pela existência de um sistema jurídico penal que, efetivamente, atenda àquilo que represente a eficiência na aplicação das normas que o compõem.

Integra o conteúdo conceitual da referida eficiência, a resposta jurídico-penal que demonstre não só o viés punitivo da norma com o caráter satisfativo que ressaí de sua rigorosa aplicação, muito menos a aplicação branda daquela por conta do excesso de garantias oferecidas ao acusado, mas almeja-se, do ponto de vista da interpretação e aplicação justa e proporcional da norma jurídica penal, tudo aquilo que se distancie dos exageros localizados em pontos diametralmente opostos (garantismo positivo ou negativo), ou seja, almeja-se a solução dada ao caso concreto de modo obediente aos postulados constitucionais. Isso para a tutela de todos os bens jurídicos envolvidos, sem prejuízo nem embargo de se sacrificar as garantias individuais devidas ao acusado e muito menos a proteção concreta dos interesses relacionados ao mais amplo espectro dos direitos da vítima e da sociedade.

Eis, acima, a síntese do pensamento teórico do Luigi Ferrajoli, denominado Garantismo Penal Integral, que nitidamente se contrapõe ao formato da teoria garantista e, em inúmeras circunstâncias, restou aplicada no Brasil, qual seja, aquela que eleva os direitos e garantias do acusado ao patamar de proteção máxima, muitas vezes, em detrimento da tutela dos outros interesses amoldados em cada caso, mormente as respostas à tutela das garantias da vítima e da sociedade na qual está inserida.

Constatou-se, portanto, que no Brasil a Teoria do Garantismo Integral de Ferrajoli sofreu radical e indevida modificação em sua própria natureza, pois neste país o que se tem

visto nada mais é do que o fechamento de um dos olhos da justiça simbolizada, instituindo-se, tal como exposto, no remendado Garantismo à Brasileira, este concebido nessas terras em seu frágil formato monocular e hiperbólico.

Está, pois, demonstrado que a visão garantista que integra o sistema jurídico penal brasileiro foca de modo exagerado em apenas umas das partes envolvidas na relação jurídico processual penal, qual seja, a maximização das garantias ofertadas ao acusado de modo desarrazoado e desproporcional. Com isso, automaticamente, constata-se o menos prestígio, a pouca tutela e a superficial proteção dos interesses sociais e da própria vítima.

Dar respaldo e contornos de legalidade a esse garantismo à brasileira nada mais é do que caminhar a largos passos no sentido da verdadeira efetivação da ineficiência na aplicação das normas penais e cancelar de vez o senso de absoluta impunidade que povoa o seio da sociedade brasileira.

Demais disso, inolvidável que o momento atual impõe uma verdadeira correção na interpretação do pensamento teórico de Ferrajoli no Brasil, a fim de que as questões afetas à persecução e aplicação da norma penal possam ser realizadas a par de uma proposta de garantismo integral, e não daquele garantismo voltado tão somente e sobre maneira exagerado, a favor do acusado.

A pacificação do conflito social exige a outorga da tutela jurisdicional de modo justo, velando-se por inteiro pela efetiva proteção e tutela de todos, bens jurídicos vergastados pela prática criminal, sem nenhuma exceção.

Abstract

This study aims to reveal the normative outlines and scope of Luigi Ferrajoli's Garantism Theory, and its practical influence in the Brazilian criminal legal system. Initially, a brief visitation will be undertaken to the Theory of Integral Garantism proposed by the great Italian jurist, and then the absolute distortion of that theory will be demonstrated, as seen clearly in numerous judicial circumstances in Brazil, which resulted in the institution of the so-called hyperbolic monocular garantism, or garantism in the Brazilian fashion. From the defense and proposal of a fully garantist, and therefore balanced, fair and proportional criminal procedural system, according to Ferrajoli's theory, Brazil's restricted, monocular and distorted version resulted in an exaggeration of the guarantees granted to the accused in detriment of victim rights and societal rights as a whole, thus harming the Democratic State of Law instituted by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Brazilian Criminal Law System. Democratic state. Federal Constitution of 1988. Integral Garantism. Monocular Hyperbolic Garantism.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Sinopse para concursos**. Processo Penal – Parte Geral. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivum, 2016. v. 7.

BEDÉ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. Garantismo e (des)lealdade processual. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo Penal Integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 105-123.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Lei nº.11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui a Lei de Drogas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11343.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AC 70057362683**. Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 16 jul. 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70057362683&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo Penal Integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivum, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. Alexis Couto de Brito (Colab.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 04 nov. 2016.

FISCHER, Douglas: O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-77.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Método, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

STRECK, Lenio. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2016.