

O GARANTISMO PENAL HIPERBÓLICO MONOCULAR COMO FONTE DE IMPUNIDADE E O ABANDONO DA VÍTIMA COMO SUJEITO DE DIREITOS

Raquel de Souza Lima dos Santos.

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Técnico de Atividade Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Auxiliar de Gabinete do Juiz.

Resumo - a atual dogmática processual penal tem se assentado sob a ótica do denominado Garantismo Penal. Os operadores do direito penal processual e as decisões judiciais têm sido permeadas de conceitos garantistas com o fim de proteger os direitos fundamentais e as liberdades dos réus. Nesse aspecto, surgem discrepâncias na atenção e defesa dos direitos também das vítimas, que muitas vezes se veem distantes da atenção de juristas e acadêmicos. Assim, o presente trabalho procura demonstrar as diferenças da aplicação da teoria chamadas de Garantismo Penal Hiperbólico Monocular, ou Garantismo à Brasileira, em contraponto com o chamado Garantismo Integral. Busca-se uma reflexão sobre os institutos dos direitos fundamentais das vítimas, dos reais sentidos do princípio da proporcionalidade e da eventual necessidade da aplicação do garantismo penal frente a uma constituição essencialmente social. Para tanto, defende-se, ainda, a ineficaz aplicação da teoria, pois criada em momento histórico diverso do vivido hoje no direito pátrio.

Palavras-chave - Direito Processual Penal. Garantismo Penal Integral. Garantismo Penal Hiperbólico Monocular. Impunidade. Direitos das vítimas.

Sumário - Introdução. 1. Garantismo Hiperbólico Monocular x Garantismo Integral: o abandono da vítima como titular de direitos fundamentais 2. Garantismo só para o réu? A desproporcionalidade das decisões judiciais como fonte de impunidade. 3. A eventual necessidade da aplicação da Teoria do Garantismo Penal no direito brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico aborda a aplicação da Teoria do Garantismo no sistema penal brasileiro. Objetiva-se demonstrar que, uma vez que a Constituição Federal apresenta uma série de direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, a aplicação de uma teoria voltada a garantir os direitos apenas dos acusados, tem se mostrado geradora de uma latente desproporcionalidade das decisões judiciais atuais. A essa forma de aplicação da teoria que se denomina como Garantismo Hiperbólico Monocular.

A fim de desenvolver o tema em questão, procura-se analisar se a sociedade brasileira vivencia um sistema penal que seja realmente eficaz, na medida em que a aplicação do direito penal, na sua essência, tem se esquecido do sofrimento experimentado pelas vítimas. Os operadores do direito têm desenvolvido o direito processual penal com vistas tão somente a



proteger a liberdade individual do agente criminoso e não nas consequências do crime, fato este por vezes dissociado do que objetiva o direito penal material.

No primeiro capítulo, procura-se demonstrar que o direito fundamental à liberdade individual do acusado tem sido invocado com supremacia em detrimento de outros direitos fundamentais das vítimas, como o direito à segurança, à inviolabilidade do direito à vida, dentre outros. Pontua-se o constante do artigo 59 do código Penal como uma demonstração clara de que o direito material se preocupou, não só com as garantias individuais do acusado, mas também com as consequências experimentadas pelas vítimas de crimes, analisando-se que, apesar de serem autônomos, o direito processual e o direito penal não podem andar dissociados.

Seguindo-se no segundo capítulo, busca-se mostrar as duas facetas do princípio da proporcionalidade, quais sejam: um viés negativo, que se constitui na proibição de excesso no poder de punir do estado; e um viés positivo, que se constitui na proibição de uma proteção deficiente da sociedade. Nesse aspecto, pontua-se que, se o estado protege a sociedade de forma deficiente, é porque não se está punindo adequadamente, o que significa a consolidação da impunidade.

Por fim, o terceiro capítulo discute acerca da necessidade ou desnecessidade da aplicação de uma teoria para que direitos já positivados constitucionalmente sejam cumpridos. Nesse sentido, uma vez que todo o ordenamento jurídico ordinário deve se pautar na Carta Magna, falar-se em teoria garantista nada mais é do que uma redundância das mesmas garantias já asseguradas, ou até mesmo de uma ideologia. E, havendo redundância, mostra-se clara a defesa de direitos em maior peso para uns do que para outros, o que não pode ser concebível.

Nesse último aspecto do tema, pontua-se, ainda, a existência dos esquecidos deveres constitucionais individuais. Atualmente fala-se muito em direitos e garantias e se tem esquecido dos deveres. Assim, observar apenas uma parte conveniente da constituição, impulsiona o desequilíbrio em que se apresenta a sociedade brasileira atual. Vale dizer: o criminoso não pode ser visto como vítima da sociedade, mas a sociedade que tem sido vítima contumaz da avassaladora e crescente criminalidade.

O presente trabalho científico é desenvolvido essencialmente com base nos métodos qualitativo e bibliográfico. Ou seja, a argumentação se baseia em análises e percepções do cotidiano forense e decisões dos tribunais superiores, somando-se à bibliografia pertinente ao tema, que vem embasar os aspectos propostos.

1. GARANTISMO HIPERBÓLICO MONOCULAR X GARANTISMO INTEGRAL: O ABANDONO DA VÍTIMA COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Garantismo Penal, talvez a palavra-chave deste artigo. Muito se ouve falar em doutrinadores e juristas mais ou menos garantistas, bem como na necessidade de um direito penal mais garantista. Assim, inicialmente, se faz mister pontuar do que se trata a referida teoria e o que seriam as suas ramificações ou aplicações, conforme exposto no título deste capítulo.

Assim, Garantismo Penal é uma teoria estabelecida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli¹, em seu livro *Direito e Razão*, se assenta em axiomas que, segundo Magalhães² "tais axiomas têm a função específica de deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo estatal". A ideia da teoria repousa, portanto, na necessidade de uma intervenção mínima do poder do Estado frente às garantias individuais, bem como na proteção do indivíduo contra os excessos desse mesmo estado.

Como Garantismo Hiperbólico Monocular, temos, conforme conceituado por Fischer³ como sendo aquele que evidencia “de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados”. Ou porque não dizer, uma proteção exagerada, desproporcional e desequilibrada do réu na relação jurídica processual, supervalorizando os direitos individuais em detrimento dos demais personagens da situação penal.

Assim, a palavra hiperbólico se refere, portanto, ao exagero e a monocular (expressão ligada à deficiência visual e que enxerga com apenas um dos olhos), a uma visão parcial e limitada, como nas palavras de Dallagnol⁴, Procurador da República. Tal entendimento também é denominado, nas palavras de Marques⁵ como Garantismo à Brasileira ou Hipergarantismo.

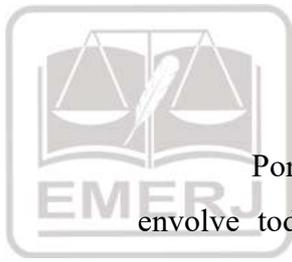
¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

² MAGALHÃES, Vlamir Costa. O Garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 188, dez. 2010. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

³ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão de aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina TRF4*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁴ DALLAGNOL apud CARVALHO, Luiz Maklouf. “É preciso um garantismo integral”, diz procurador Deltan Dallagnol. *Estadão*. Curitiba, 05 fev. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁵ MARQUES, Nany Papaspyrou. Do garantismo integral ao garantismo à brasileira: ensaios sobre o modo garantista hiperbólico monocular e seus reflexos no estado democrático de direito. *Migalhas*. Migalhas de peso, 26 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-aograntismo-a-brasileira--ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 17 nov. 2021.



Portanto, a *contrario sensu*, garantismo penal integral seria aquele que se preocupa e envolve todas as partes e personagens envolvidos no contexto criminal, protegendo os interesses coletivos e sociais.

Nessa seara, quando há a proteção exagerada de um dos lados da balança, ela se torna desequilibrada, com a deficiência de proteção para o outro lado. Nesse momento é que se verifica a proteção deficiente e o abandono da vítima como sujeito de direitos. E aqui, não se está querendo apenas pontuar a vítima isolada de um crime cometido, mas toda a coletividade que, continuamente sofre com o crescimento da criminalidade.

O que se observa é que, quando há uma deficiência na punição de indivíduos que desrespeitam as leis vigentes, proporcionada por um excessivo arcabouço de garantias processuais, até que se vejam impunes, há novamente uma infração aos direitos fundamentais da coletividade como um todo, que se vê novamente à mercê dos atos lesivos dos criminosos soltos e não punidos ou punidos de forma ineficaz.

Não se quer falar aqui de direitos fundamentais de forma indeterminada ou genérica, mas de direitos específicos expressos no caput do, tão famoso, artigo 5º da Constituição da República⁶, quais sejam: direito à liberdade, à inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e, porque também não dizer, o direito à proporcionalidade das decisões judiciais. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade, apesar de não estar expresso no texto constitucional, é um dos mais consagrados, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Mas, se os direitos individuais acima são invocados, em larga escala, quando se trata do réu, como, então, visualizá-los quando se trata das vítimas? Passa-se, então, resumidamente a descrevê-los: primeiramente o direito à liberdade da vítima, repousa no sentido de que, se o seu ofensor permanece livre, ela que terá que se eximir de frequentar determinados lugares, em determinados horários, ou até mesmo, vendo-se obrigada a sair de sua cidade natal para não ter que se ver frente a frente com o seu ofensor, fato esse que ocorre de forma costumeira e mais acentuadamente nas comunidades e locais mais humildes. O que se vê na prática garantista é que se prefere privilegiar o direito à liberdade do réu em detrimento do mesmo direito que possui a vítima.

No que diz respeito à inviolabilidade do direito à vida, pode-se utilizar do mesmo raciocínio acima. Prefere-se pôr em risco a vida de quem sofre com assaltos e latrocínios com cada vez mais criminosos impunes, do que o suposto risco à inviolabilidade à vida dos réus,

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.



com cada vez menos punição. Punir um criminoso não é retirar-lhe o direito à vida. É apenas dar uma resposta estatal à infração das leis vigentes.

O que dizer do direito à igualdade? Há igualdade no processo penal? À medida em que o réu tem toda a plenitude e amplíssima defesa, permitindo-se, inclusive, as provas ilícitas em sua defesa, a vítima, por sua vez, não tem qualquer relevância no processo e, neste, quase não tem voz. É tratada como uma mera testemunha, quando deveria ter o valor preponderante em suas palavras. Afinal, foi ela quem sofreu primariamente com a conduta criminosa e não o réu.

Não se pode ver o processo penal e o direito penal como uma violência ou um sofrimento para o acusado, na medida em que, o acusado fez outrem sofrer primeiro, merecendo, para tanto, uma resposta plausível à sua conduta. Caso contrário, não havendo qualquer resposta estatal, estar-se-ia dando carta branca para a continuidade da infração às leis da forma como bem entender. Não há punição adequada, pelo contrário, há garantias, então por que o delinquente vai deixar de delinquir? Não há igualdade, uma vez que a vítima já experimentou sofrimento com a prática do crime, mas o acusado... não obtém resposta plausível para o mau causado.

Por último, restaram dois pontos importantes: o direito à segurança e a proporcionalidade das decisões judiciais. Acerca do princípio da proporcionalidade e, pontualmente, da vedação à proteção deficiente, será tratado mais especificamente no capítulo seguinte. Entretanto, cabe pontuar sobre a segurança, ou a falta dela, que toda a sociedade brasileira já experimenta no seu dia a dia: não há segurança quando há impunidade. A insegurança resulta da ineficiência do estado em punir e em proteger. Não adianta proteger a vítima hoje e garantir a liberdade do réu amanhã: são conceitos antagônicos.

Verifica-se que uma reprimenda deficiente baseada nas excessivas garantias do acusado, infringe, e muito, os direitos titularizados pelas vítimas. Vale dizer que, as garantias dos réus repousam, muitas vezes, no desenvolvimento do processo penal, apartando-se do próprio direito penal material. Modernamente, entende-se que o direito processual e o direito material são autônomos. Entretanto, um não existe sem o outro, não são dissociados, mas interdependentes. Quando o estado deixa de punir com base em garantias processuais, deixa de aplicar o próprio direito penal material.

Necessário se faz, então, voltar os olhares para o direito material, no que diz respeito à importância das consequências suportadas pela vítima quando da fixação e execução da pena do acusado. O artigo 59 do Código Penal Brasileiro⁷ diz expressamente que o juiz, atendendo,

⁷ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.



dentre outras coisas, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime a quantidade de pena aplicável. Entretanto, o que se vê na prática forense é bastante contrário ao descrito acima.

O que se vê modernamente é um processo penal que aplica o direito material com base, tão somente, na intenção do agente, esquecendo-se de valorar as consequências que aquele crime provocou na vítima. Classificam-se os crimes e imputam-se as penas com base no dolo do agente, na sua vontade psíquica quando cometeu o crime ou na sua primariedade, mas não nas consequências de sua conduta. Como se fosse possível adentrar na psique do acusado para entender o que ele queria no momento da prática do crime.

Corroborando o entendimento acima, cabe citar recente jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça⁸, na qual se discutia um conflito de competência para julgamento de criminosos que, em fuga, efetuaram disparos de arma de fogo contra policiais militares em patrulhamento. Discutiu-se sobre a ocorrência de crime de resistência ou de tentativa de homicídio qualificado, dado ao fato de que um dos tiros acertou de raspão a cabeça de um dos policiais. O conflito se resolveu, justamente, com base no entendimento de que a vontade, o dolo do agente criminoso era apenas o de fugir e não o de matar, por ausência de *animus necandi*.

No caso apresentado acima, seria realmente possível inferir qual era a vontade do agente no momento do crime? Partindo-se do pressuposto de que quem tem uma arma na mão conhece seus efeitos, ao atirar contra policiais, no mínimo, ele tem consciência de que pode acertar e matar. É um resultado possível do qual ele assume conscientemente o risco de produzir. Ou seja, de fato ele queria alvejar o policial, mesmo que esse não fosse o objetivo primário.

Mas, e a vítima? E as consequências que aquele crime gerou na família da vítima? Será que lhe foi observada a inviolabilidade do seu direito à vida quando foi alvejada por tiros quando alguém lhe roubou o celular? Será que o policial do caso acima, ficou com alguma seqüela pelo tiro recebido? E se ele tivesse morrido?

Esses direitos fundamentais, apesar do texto legal, ficam esquecidos diante do direito processual moderno, fundado no garantismo penal. Ferrajoli⁹ afirma que “o direito penal existe

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Conflito de Jurisdição nº 0089305-92.2020.8.19.0000*. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Freire Robredo. Disponível em: <www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.14.2>. Acesso em: 13 ago. 2021.

⁹ FERRAJOLI apud PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e Democídio: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil*. São Luiz, MA: Livraria Resistência Cultural, 2017, p. 147.



principalmente para garantir os direitos dos criminosos; secundariamente, para garantir o direito dos não criminosos”.

Diante de tal entendimento, torna-se fácil compreender o porquê do abandono das vítimas no processo penal. Pode-se dizer que se trata de uma inversão de valores, uma vez que primariamente o direito penal foi concebido para punir infratores e proteger os cidadãos vítimas de condutas criminosas. Partindo-se do entendimento de que o direito surgiu nas mais antigas sociedades e coletividade humanas, bem como que o direito penal, conforme descreve Barth¹⁰ “[...] é o mais antigo dos direitos”, pode-se chegar ao entendimento, segundo as palavras do Apóstolo Paulo¹¹, de que a lei é feita para os transgressores.

Limitar o poder punitivo e as arbitrariedades do Estado não pode ser sinônimo de impunidade. O Estado não é apenas o monstro que objetiva punir, é também aquele no qual busca-se proteção e direitos. O entendimento garantista leva à concepção de um direito penal e de um Estado ineficaz, na medida em que não é capaz de punir o criminoso e nem de proteger o bem jurídico tutelado. Uma teoria nunca pode se sobrepor e anular o direito vigente.

Todas as normas jurídicas foram feitas para regular e dirigir a vida em sociedade. Dizer que o direito penal existe para proteger os criminosos é uma abstração do seu real sentido. Fica então a indagação: Se o direito penal protege criminosos, por meio de qual direito, então, protegem-se as vítimas?

2. GARANTISMO SÓ PARA O RÉU? A DESPROPORCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO FONTE DE IMPUNIDADE

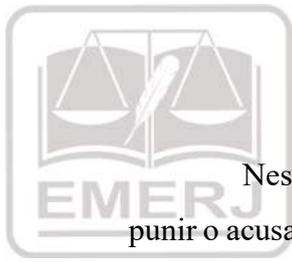
Passadas as considerações do capítulo anterior, já se pode depreender que decisões judiciais que não valorizam a vítima como sujeito de direitos, são, deveras, desproporcionais. Nesse sentido, cabem algumas considerações acerca do princípio da proporcionalidade.

Segundo Bonfim¹², o princípio da proporcionalidade baseia-se numa relação custo-benefício, em que, cada vez que o legislador cria um delito, impõe um ônus à sociedade e esse ônus é compensado pela vantagem de proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador. E, continuando, descreve que “a pena deve ser proporcional à extensão do dano [...]”.

¹⁰ BARTH apud BOMFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

¹¹ BÍBLIA, N.T. I TIMÓTEO. Português. In: *Bíblia Sagrada: Nova versão internacional*. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2018, Cap. 1, vers. 9. p. 814.

¹² BOMFIM, op. cit., p. 130.



Nesse sentido, pode-se observar no referido princípio duas faces. Qual seja: uma de punir o acusado pela prática do delito, o que configura o ônus; e a outra, de proteger a sociedade com a efetiva proteção do interesse tutelado pelo tipo penal. E, se a pena deve ser proporcional à extensão do dano, quer dizer que ela não deve ser nem mais e nem menos equivalente ao dano. Assim, se ela for inferior ao dano cometido, ela será ineficaz e, por conseguinte, desproporcional, porque não protege o interesse tutelado.

Acerca das interfaces da proporcionalidade, descreve Magalhães¹³ que:

[...] o princípio da proporcionalidade, que orienta a avaliação da compatibilidade constitucional dos atos do Poder Público - sobretudo os normativos -, possui duas interfaces: de um lado, a vedação do excesso; e, de outro, a proibição de proteção deficiente. É exatamente o mandamento proibitivo de proteção deficiente que impede que o legislador penal renuncie arbitrariamente ao emprego do Direito Penal e aos efeitos protetores que dele derivam quando diante de bens jurídicos de inquestionável magnitude [...].

Assim, se o Poder Público deixar de proteger uns para garantir as liberdades individuais de outros, estar-se-á diante de uma renúncia arbitrária da aplicação do direito penal, e conseqüentemente do desrespeito ao princípio da proporcionalidade no seu viés positivo, que é justamente aquele que impõe uma proteção eficiente e equivalente ao dano cometido.

Absolver um acusado pela alegação de nulidade nas técnicas processuais, ou desconstituir julgamentos já consolidados com base em novel interpretação legal, não é proporcional porque está oferecendo à sociedade uma proteção deficiente, uma insegurança jurídica, o que é vedado pelo princípio da proporcionalidade. Para que uma decisão seja proporcional ela deve proteger o bem jurídico tutelado e a coletividade que dele dispõe, e não se atentar, apenas, para a liberdade individual do acusado. É preciso ver além das partes do processo e avaliar o impacto que as decisões judiciais têm na coletividade como um todo.

Se a teoria garantista afirma que o direito penal foi feito para proteger o criminoso, então inexistente o seu caráter punitivo. E, se não há punição, há impunidade. Impunidade, nada mais é que, falta de punição adequada e eficaz. Conforme dito em linhas acima, a punição é o ônus que a sociedade tem que suportar para a promoção do bônus, que é a proteção do bem jurídico. Se não houver o ônus de punir, não haverá o bônus de proteger.

¹³ MAGALHÃES op. cit., p.190.



Nas palavras de Moraes Junior¹⁴ “[...] a impunidade não consiste apenas em deixar o criminoso sem punição, mas, por igual, em puni-lo insuficientemente, isto é, de modo que ele não sinta e a sociedade não veja;”.

Segundo afirma Ferrajoli¹⁵, “a pena, de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, é de fato uma segunda violência que se acrescenta ao delito e que é programada e executada por uma coletividade organizada contra um solitário indivíduo”. De fato, a pena é uma segunda violência, mas uma violência prevista e aceita por essa mesma sociedade como resposta à violência primária que não se mostra tolerável. A pena não é, então, uma violência em si mesma, mas uma resposta à uma violência primária.

Aquele que pratica um delito não se constitui como um solitário indivíduo, como afirma o ilustre doutrinador italiano. O criminoso é parte de um todo, parte de uma coletividade, de uma sociedade no qual está inserido. Um indivíduo que, apesar de ser parte de um todo, possui liberdade de escolhas, e que, conscientemente, escolheu não cumprir as regras impostas por essa sociedade. Segundo descrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁶, em seu artigo primeiro, todos os seres humanos são dotados de razão e consciência, o que reafirma a compreensão de que todos fazem suas escolhas de forma consciente.

Esse indivíduo que possui liberdade de escolhas, no entendimento do pesquisador Shikida¹⁷ e, com base em suas pesquisas de campo por mais de 20 anos junto à detentos, constatou-se que “criminosos e contrabandistas não se veem como vítimas da sociedade e entram no mundo do crime por ambição e para ganhar muito dinheiro” [informação verbal]. Ou seja, a ideologia do criminoso-vítima é uma falácia.

É a ponderação do interesse individual face ao interesse coletivo. Isso justifica a punição como resposta adequada do estado, para que as regras escolhidas por aquela sociedade tenham validade.

Corroborando esse entendimento, Shikida¹⁸ afirma que, “enquanto o estado não for uma ameaça crível e o cidadão não respeitar as leis, essa migração [do lícito para o ilícito] vai

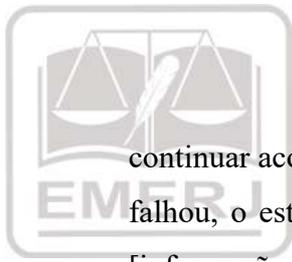
¹⁴ DIP, Ricardo; MORAES JUNIOR, Volney Corrêa Leite de. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. São Paulo: Lepanto, 2018, p. 30.

¹⁵ FERRAJOLI, op. cit., p. 15.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=Cj0KCQjwssyJBhDXARIsAK98ITRiubRDJO550vPSK0jzcSWKIAKQapJ2jOUFGoxMR_soOhzXjkHseKMaAgZMEALw_wcB. Acesso em: 04 set. 2021.

¹⁷ YOUTUBE. *Informação fornecida por Pery Francisco Assis Shikida em entrevista concedida ao canal Gazeta do Povo*, em outubro de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6XhzpU1-hcU>. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹⁸ Ibid.



continuar acontecendo [...]”. E ainda continua afirmando que “se a família falhou, se a religião falhou, o estado não pode falhar, ele tem que fazer com que o criminoso seja punido [...]” [informação verbal].

Caso contrário, não havendo qualquer resposta estatal, estar-se-ia dando carta branca para que aquele indivíduo continue a ir de encontro às normas sociais como bem entender. E porque não dizer, não haveria sociedade organizada de forma democrática. Proteger contra a arbitrariedade do estado não é deixar de dar uma resposta às condutas individuais, nem tão pouco uma resposta ineficaz.

O Estado, o Poder Público e as leis não surgiram do nada existencial, mas foram criadas por pessoas e indivíduos que formam a sociedade. Portanto, não há que se falar em “solitário indivíduo”, na medida em que esse mesmo indivíduo faz parte da sociedade em que vive.

Injusta seria a sociedade que não protegesse os seus cidadãos e indivíduos contra violências arbitrárias. Seria o caos da prevalência dos mais fortes contra os mais fracos, como ocorria nas sociedades primitivas. A formação do estado e das leis penais é justamente a manifestação da democracia e da vida organizada. Ninguém quer viver no caos de um mundo sem regras.

Conforme Reale¹⁹:

[...] podemos criticar as leis, das quais dissentimos, mas devemos agir de conformidade com elas, mesmo sem lhes dar a adesão de nosso espírito. Isto significa que elas valem objetivamente, independentemente, e a despeito da opinião e do querer dos obrigados. (...) Dizemos, então, que o Direito é heterônomo, visto ser posto por terceiros aquilo que juridicamente somos obrigados a cumprir. Dirão os senhores que os terceiros são o Estado e que o Estado é constituído pela sociedade dos homens, de maneira que, em última análise, estamos nos governando a nós mesmos [...].

Com o brilhante entendimento acima conclui-se que, se os homens se governam a si mesmos, não há indivíduo solitário frente ao arbítrio estatal. O garantismo penal se mostra como fonte de impunidade, no momento em que quer fazer crer a existência desse indivíduo solitário que merece todas as benesses e garantias, enaltecendo-lhe as liberdades individuais na busca por deslegitimar o poder punitivo estatal. Deslegitimar o poder estatal é negar a existência do direito.

Os direitos individuais não são absolutos e ilimitados. Bem se sabe que nenhum direito é absoluto e que os direitos fundamentais são relativos frente a outros direitos. Eles devem ser

¹⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.



ponderados e limitados, respeitados pelos indivíduos nas suas relações privadas. É a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso é a essência do próprio direito.

Há, por fim, um antagonismo nos pressupostos garantistas: se o interesse é deslegitimar o poder estatal, como querer reivindicar os direitos e garantias assegurados por esse mesmo poder? É o querer somente do bônus...

3. A EVENTUAL NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal brasileira é considerada, na sua essência, uma constituição social e, por conseguinte, garantista. Isso porque, o texto constitucional assegura diversos direitos sociais, direitos fundamentais e garantias. É permeada por princípios que protegem os indivíduos contra os arbítrios estatais.

É uma constituição baseada na segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, aquela na qual deve haver uma intervenção positiva do Estado para a afirmação e concretização dos direitos sociais.

Teoria garantista para um ordenamento jurídico baseado numa constituição essencialmente social e permeada de garantias individuais, é como dizer que se quer garantir o que já está garantido. Ou, que se quer garantir além do garantido. O exagero das palavras é proposital, e também necessário.

Se as normas constitucionais forem rigorosamente observadas, a sociedade já estará protegida frente ao arbítrio estatal. Assim, segundo Bonfim²⁰:

[...] Por essa razão, nosso constituinte foi além, afirmando que o Brasil não é apenas Estado de Direito, mas Estado Democrático de Direito, isto é, não somente aquele que impõe a submissão de todos ao império da lei, mas no qual as leis possuem conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais apenas os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade. Sem esse conteúdo, a norma se configurará como atentatória aos princípios básicos da dignidade humana [...].

Nesse aspecto se faz necessário, em pequenas linhas, compreender o contexto histórico e axiológico sob o qual a teoria se desenhou. A teoria garantista surgiu na Itália, nos chamados *Anni di piombo*²¹, em um momento histórico em que, foram criadas leis emergenciais e rígidas

²⁰ BONFIM, op. cit., p. 116.

²¹ *Anni di piombo* ou Anos de Chumbo, foi um período de turbulência sociopolítico na Itália, que durou do final dos anos 1960 até o fim da década de 1980. Este período foi marcado por uma onda de terrorismo.



no intuito de conter o avanço do terrorismo, diante da crescente onda de ataques terroristas no país. Conforme apresentado por Rosa²² em seu artigo:

[...] Tais leis, que eram de caráter extremamente rígidas, acabaram colidindo com os direitos e garantias fundamentais conquistados anteriormente. Nessa conjuntura, Luigi Ferrajoli, iniciou o combate a esse regime autoritário, resgatando princípios penais e processuais penais esquecidos. A consequência disso foi a criação da Teoria do Garantismo Penal [...].

Assim, o que se verifica é que a teoria garantista surgiu da necessidade de uma observação real dos direitos e garantias individuais então mitigados naquele contexto histórico. Mister se fazia, trazer à tona o respeito às garantias individuais então desrespeitadas. Ou seja, a teoria garantista foi criada num ambiente de completo desrespeito aos direitos humanos básicos.

Entretanto, tal contexto histórico é diametralmente oposto ao contexto atual do direito e da realidade brasileira. Não há aqui um estado de exceção, ou sem o respeito aos direitos constitucionalmente garantidos. Não é essa a realidade que se observa hoje, não se vê um estado arbitrário que não observa as leis vigentes e a dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, há um estado que assegura direitos e garantias, mas que se encontra amarrado e ineficiente no cumprimento dos seus deveres. O que se vê é a primazia do respeito às garantias, mas um esquecimento acerca do cumprimento dos deveres, tanto do estado como do cidadão.

No contexto atual brasileiro, nota-se uma constituição essencialmente social, permeada de direitos e garantias que são invocados nos mais diversos ramos do direito. O que dizer dos chamados direitos humanos e do princípio da dignidade da pessoa humana? Princípio esse, essencial, mas de conceito demasiadamente aberto, invocado nas mais diversas situações, mas que tem sua definição de acordo com o entendimento daquele que dele se utiliza. Corroborando esse entendimento em relação à abstração do princípio da dignidade da pessoa humana, descreve Motta²³:

[...] Na verdade referido princípio trata-se de uma cláusula aberta, uma fórmula lógica abstrata cujo conteúdo será preenchido concretamente a partir de certas circunstâncias de tempo, lugar e desenvolvimento histórico-cultural em cada coletividade [...].

²² ROSA, Alessandra Bueno da. O contexto da criação do garantismo penal como teoria limitadora do poder punitivo do Estado sob a ótica do princípio da lesividade. *Conteúdo Jurídico*. Brasília-DF. 16 set. 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53429/o-contexto-da-criacao-do-garantismo-penal-como-teoria-limitadora-do-poder-punitivo-do-estado-sob-a-tica-do-principio-da-lesividade>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

²³ MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. *Âmbito Jurídico*. São Paulo, Revista 119, dez. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-definicao/>>. Acesso em: 04 set. 2021.



Já em relação aos direitos humanos, verifica-se o entendimento de Dip²⁴ que diz que, “na verdade, o criminoso violento é um predador de direitos humanos [...]”, na medida em que ele desrespeita os direitos dos seus semelhantes.

Dessa forma, pegar uma teoria e introduzi-la num contexto histórico completamente diferente, acarretam problemas diversos e de difícil solução ao longo do tempo. Não há como pegar um direito, e a realidade de um país, e aplicá-lo em outro lugar. É como o enxerto de laranjeira em uma mangueira.

A realidade brasileira necessita de mais eficiência do estado, de mais proteção, de mais cumprimento das leis, de mais segurança jurídica. Não são raros os casos de impunidade no sentido de livrar criminosos para que não cumpram suas penas, com base no entendimento garantista. E aqui se faz referência não apenas aos criminosos individuais, mas, sobretudo, aqueles chamados de colarinho branco, os quais seus delitos atingem toda uma coletividade.

O direito é vivo e se transforma conforme a evolução e a necessidade da sociedade local, respeitada a dignidade da pessoa humana internacionalmente garantida. Assim, punir de forma ineficaz o criminoso é desrespeitar a dignidade da pessoa humana da vítima. Dessa forma, o direito posto, positivado e as teorias aplicadas precisam estar em consonância com as necessidades da sociedade e não contrárias a ela. Não cabe a adoção de uma teoria completamente dissociada da realidade local.

O sentimento de impunidade que permeia o Brasil, quando a vítima vê livre o seu ofensor depois de poucos anos de reprimenda, traz o entendimento popular amplamente conhecido de que a “justiça para nada serve”. A cancelar esse entendimento, afirma Dip²⁵:

[...] Não punir, quando era o caso, é caso de assombro, espanto e pasmo: sensação de que a Justiça, existente embora, não foi realizada no caso específico. Mas punir timidamente, quando era o caso de estabelecer uma justa proporção entre crime e pena, é caso de escândalo, indignação e anátema: sensação de que a Justiça existe apenas como farsa [...].

Portanto, não cabe a aplicação de entendimentos e ideologias que tornem o estado e as leis ainda mais ineficazes e incapazes de punir. Deslegitimar o poder do estado, ao qual todos participam de sua criação, é torná-lo ineficaz. Se ele é ineficaz, os próprios direitos assegurados deixam de existir. Trata-se de um contrassenso.

²⁴ DIP, op. cit., p. 39.

²⁵ Ibid., p. 42.



Por todo o exposto, o trabalho apresentado procurou demonstrar a necessidade de uma reanálise da aplicação dos preceitos garantistas no direito brasileiro. Buscou-se, a partir dos questionamentos apresentados, trazer ao leitor uma maior reflexão sobre o tema. Procurou-se demonstrar que não basta apenas repetir conceitos ditos como politicamente corretos, mas que se faz necessário refletir se tais práticas jurídicas e se as atuais teorias têm se mostrado eficientes no combate à impunidade.

Verificou-se que as vítimas necessitam de um olhar mais especial tanto do poder público como dos operadores do direito. No contexto moderno em que se busca dar cada vez mais valor ao ser humano na sua essência, não se pode esquecer daquele ser humano que é vítima de crimes, nem tão pouco se pode anular a voz da coletividade como sendo também uma vítima e para a qual a justiça não pode ser uma farsa.

Restou demonstrado que, de fato, os direitos individuais e fundamentais das vítimas têm sido infringidos quando da utilização da teoria garantista na forma de Garantismo Penal Hiperbólico Monocular, ou seja, aquele que somente olha um dos sujeitos processuais.

No primeiro capítulo, buscou-se fazer distinção entre o que seria uma forma mais adequada e justa de aplicação do garantismo penal, quando ele fosse aplicado no chamado Garantismo Integral, em contraponto com o Garantismo à Brasileira, justamente o nome dado a um garantismo que é exacerbado e longe daquilo que se mostra necessário.

A pesquisa possibilitou a análise das vertentes do princípio da proporcionalidade, com o apontamento de que não se pode levar em consideração apenas um de seus aspectos. Assim, as duas facetas do princípio da proporcionalidade constituem-se, de um lado, na vedação do excesso punitivo e, de outro, na proibição da proteção deficiente. Verificou-se durante a exposição do trabalho que o direito brasileiro tem se preocupado em evitar, tão somente, o excesso punitivo, mas tem se esquecido que a proteção da sociedade tem se revelado deficiente.

Objetivou-se mostrar que, quando a proteção das vítimas, e da sociedade como um todo, é deficiente, surge o conceito de impunidade. Mostrou-se que a impunidade nada mais é que uma punição ineficaz.

Com fundamento nas fontes apresentadas, observou-se que o direito e o poder estatal são frutos da vontade de pessoas e não somente uma criação órfã que se insurge contra um solitário indivíduo que por uma desventura se tornou criminoso. Mostrou-se que o indivíduo, criminoso ou não, não é solitário, na medida em que ele faz parte da sociedade que elege e cria as leis e normas que a regem.



Por fim, já no terceiro capítulo, se fez necessário tecer comentários acerca do contexto histórico quando do surgimento da teoria em questão com o fim de demonstrar que, àquela realidade do passado italiano não é a mesma existente no presente brasileiro.

Procurou-se trazer à tona questões muitas vezes esquecidas no cotidiano forense, mas que precisam de maior relevância, tanto dos operadores do direito, como dos legisladores e dos acadêmicos.

Concluiu-se assim que são necessárias teorias que se amoldem mais ao direito pátrio, criadas no contexto social onde se inserem, do que teorias trazidas de outras realidades. Por fim, observa-se que se faz necessária a presença de juristas e acadêmicos mais corajosos a levantar suas vozes e a dizer que é necessário mudar de rumo, mudar a prática para que haja, de igual forma, mudança de resultados.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA, N.T. Português. In: *Bíblia Sagrada: nova versão internacional*. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2018.

BOMFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Conflito de Jurisdição nº 0089305-92.2020.8.19.0000*. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Freire Roboredo. Disponível em: <www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.14.2>. Acesso em: 13 ago. 2021.

DALLAGNOL apud CARVALHO, Luiz Maklouf. “É preciso um garantismo integral”, diz procurador Deltan Dallagnol. *Estadão*. Curitiba, 05 fev. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

DIP, Ricardo; MORAES JUNIOR, Volney Corrêa Leite de. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. São Paulo: Lepanto, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão de aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina TRF4*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O Garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez. 2010. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

MARQUES, Nany Papaspyrou. Do garantismo integral ao garantismo à brasileira: ensaios sobre o modo garantista hiperbólico monocular e seus reflexos no estado democrático de direito. *Migalhas*. Migalhas de peso, 26 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira--ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 17 nov. 2021.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. *Âmbito Jurídico*. São Paulo, Revista 119, dez. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-definicao/>>. Acesso em: 04 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=Cj0KCQjwssyJBhDXARIsAK98ITRIubRDJO550vPSK0jzcSWKIAKQapJ2jOUFGoxMR_soOhzXjkHseKMaAgZMEALw_wcB>. Acesso em: 04 set. 2021.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e Democídio: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil*. São Luiz, MA: Livraria Resistência Cultural, 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Alessandra Bueno da. O contexto da criação do garantismo penal como teoria limitadora do poder punitivo do Estado sob a ótica do princípio da lesividade. *Conteúdo Jurídico*. Brasília-DF. 16 set. 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53429/o-contexto-da-criao-do-garantismo-penal-como-teoria-limitadora-do-poder-punitivo-do-estado-sob-a-tica-do-principio-da-lesividade>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

WIKIPÉDIA. *Anos de chumbo (Itália)*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Anos_de_chumbo_\(It%C3%A1lia\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Anos_de_chumbo_(It%C3%A1lia))>. Acesso em: 13 ago. 2021.

YOUTUBE. *Informação fornecida por Pery Francisco Assis Shikida em entrevista concedida ao canal Gazeta do Povo*, em outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6XhzpU1-hcU>>. Acesso em: 12 ago. 2021.