



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA

**TEORIA DO GARANTISMO PENAL E SUA APLICABILIDADE NO
SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Assis/SP

2021

GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA

**TEORIA DO GARANTISMO PENAL E SUA APLICABILIDADE NO
SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio José Palmas Sanchez

Assis/SP

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

S729t	<p>SOUZA, Gustavo Henrique de</p> <p>Teoria do Garantismo Penal e sua aplicabilidade no sistema judiciário brasileiro / Gustavo Henrique de Souza. – Assis, 2021.</p> <p>30 p.</p> <p>Trabalho de conclusão de curso (Direito) - Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA</p> <p>Orientador: Ms. Cláudio José Palma Sanchez</p> <p>1. Garantismo. 2. Integral.</p> <p>CDD: 341.43</p>
-------	--

TEORIA DO GARANTISMO PENAL E SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Claudio José Palmas Sanchez

Examinador:

Assis/SP
2021

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por zelar por nossas vidas em meio a uma pandemia e pela Sua absoluta e inequívoca vontade. Também gostaria de agradecer a minha família, meu pai Marcio pelo incentivo e incansável cuidado, minha mãe Edna pelo amor e paciência, minha irmã Amanda, pelas horas de ajudas e incentivos.

Gostaria também de agradecer ao professor orientador Claudio Sanchez pelas conversas e grande ajuda neste trabalho, agradeço a Fundação Educacional do Município de Assis por prezar por um ensino de tão boa qualidade, e deixar a disposição professores de ótima índole e que sabemos que tem o desejo de formar não apenas alunos, mas pessoas melhores.

Por fim, gostaria de agradecer a todas as pessoas, amigos e familiares que de uma forma ou de outra, me incentivaram e não me deixaram desanimar nessa busca em concluir o tão sonhado curso de Direito.

Deixo aqui minha mais alta gratidão a Deus e a todos.

RESUMO

Inicialmente, a pesquisa buscar conceituar e atentar-se ao momento histórico vivido na Itália em que surge a Teoria do Garantismo penal. Teoria que chegou ao Brasil com o fim da ditadura militar, com o fito de assegurar a todos os direitos e garantias expressos na Constituição Federal. Com o passar dos anos, os operadores do direito no Brasil, mudam de uma certa maneira o modo de aplicar a teoria garantista idealizada por Luigi Ferrajoli. O problema inicia-se em garantir apenas os direitos de primeira geração, ou seja, os direitos dos acusados, deixando de lado os direitos e garantias da vítima e sociedade.

Neste sentido, nasce a importância da teoria do garantismo penal ser aplicada em sua forma integral. O professor Douglas Fischer, cria a expressão Garantismo Hiperbólico Monocular, uma vez que a teoria estava sendo usada de forma exagerada, e monocular para garantir os direitos e deveres dos acusados.

Distante do que prega o professor italiano Luigi Ferrajoli, que conceitua muito bem a teoria do garantismo penal em sua obra “Direito e Razão” trazendo os dez axiomas, que se aplicados, no processo e na pena, teremos um direito penal justo.

O Objetivo desta pesquisa é mostrar a importância da aplicabilidade equilibrada da teoria garantista, e trazer à tona a Teoria do Garantismo penal Integral como forma de assegurar os direitos e garantias fundamentais.

Diante de uma disputa de sentido na teoria, vivido no Brasil, esta pesquisa busca esclarecer o verdadeiro objetivo da teoria conceituada por Ferrajoli, mostrando detalhadamente todos os seus dez axiomas, e seus objetivos.

Ainda, a pesquisa busca também mostrar a importância da teoria para a sociedade, garantindo que não tenhamos mais, uma quebra de direitos e garantias fundamentais como ocorrido em países que sofreram com regimes autocráticos.

Palavras-chave: Garantismo; integral; fundamentais, hiperbólico, monocular.

ABSTRACT

Initially, the research seeks to conceptualize and pay attention to the historical moment lived in Italy in which the penal Garantism Theory emerged. A theory that arrived in Brazil with the end of the military dictatorship, with the aim of assuring all the rights and guarantees expressed in the Federal Constitution. Over the years, legal practitioners in Brazil have changed, in a certain way, the way of applying the guaranteeist theory idealized by Luigi Ferrajoli. The problem starts with guaranteeing only the rights of the first generation, that is, the rights of the accused, leaving aside the rights and guarantees of the victim and society. In this sense, the importance of the penal guarantee theory to be applied in its integrals form is born. Professor Douglas Fischer created the expression Monocular Hyperbolic Garantism, since the theory was being used in an exaggerated way, and monocular to guarantee the rights and duties of the accused.

Far from what the Italian professor Luigi Ferrajoli preaches, who conceptualizes the theory of penal guaranteeism very well in his work "Law and Reason", bringing the ten axioms, that if applied, in the process and in the penalty, we will have a fair criminal law.

The objective of this research is to show the importance of the balanced applicability of the Garantist theory, and to bring out the Integral Criminal Guaranty Theory as a way to ensure fundamental rights and guarantees.

Faced with a dispute of meaning in the theory lived in Brazil, this research seeks to clarify the true objective of the theory conceptualized by Ferrajoli, showing in detail all its ten axioms, and their objectives.

Still, the research also seeks to show the importance of theory for society, ensuring that we no longer have a breach of fundamental rights and guarantees, as occurred in countries that suffered from autocratic regimes.

Keywords: Guarantee; integral; fundamental, hyperbolic, monocular.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 GARANTISMO PENAL: INTRODUÇÃO HISTÓRICA	11
2.1 ORIGEM E CONCEITO DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL.....	11
2.2 OS DEZ AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL	13
3 TEORIA DO GARANTISMO PENAL APLICADA NO DIREITO BRASILEIRO	18
3.1 GARANTISMO PENAL INTEGRAL E GARANTISMO HIPERBÓLICO MONOCULAR	21
4 A IMPORTÂNCIA DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL	25
5 CONCLUSÃO.....	28
6 REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

Com recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e a criação dos termos técnicos “garantista e antigarantista” surgem discussões no Brasil sobre o que realmente é o garantismo. Quem criou a teoria do garantismo? Onde se originou? Este é o objetivo principal da pesquisa. Diante de um cenário onde ou você se encaixa de um lado, ou de outro, ou você é garantista, ou antigarantista, surge a necessidade de conhecer o garantismo a fundo, conhecer qual seu objetivo, conhecer sua base, ou seja, conceituar a teoria.

O problema emerge quando por parte dos brasileiros, surgem críticas a teoria garantista, críticas por se equiparar a teorias abolicionistas, e garantir demasiadamente a liberdade do indivíduo que comete crimes. O assunto é de extrema relevância, pois, engloba princípios e garantias que estão expressos na constituição federal, e que por um tempo, foram suprimidos pelo regime autocrático vivido no Brasil.

Com o surgimento de uma nova interpretação da teoria em sua forma integral, a teoria passa a ser entendida de uma forma mais agradável pelo sistema jurídico brasileiro, pois, passou a englobar os direitos da sociedade num todo, os chamados direitos coletivos. Dentre os objetivos desta pesquisa, passaremos a analisar um conceito e uma introdução histórica, conceituando de maneira sintética o garantismo penal, analisaremos as expressões criadas “Teoria do Garantismo Penal Integral e Garantismo Hiperbólico Monocular”, e também, na fase final da pesquisa, abordaremos a importância do garantismo na sociedade.

Desta maneira, pretende-se ao final da pesquisa esclarecer as seguintes dúvidas:

O que é o garantismo penal? O garantismo é benéfico ao sistema judiciário brasileiro? O que é ser garantista e antigarantista? O que é o garantismo penal integral e garantismo hiperbólico monocular?

Metodologicamente, pretende-se nesta pesquisa, analisar artigos publicados, livros publicados de autores que dialogam com o garantismo em suas obras, sem deixar de mencionar a principal obra “Direito e Razão” que conceituou e deu vida ao garantismo penal. Deste modo, pretende-se dar a devida importância social da teoria aplicada em sua forma integral, e desmistificar essa comparação da teoria, que é feito por grande parte dos operadores do direito brasileiro, com teorias abolicionistas.

2 GARANTISMO PENAL: INTRODUÇÃO HISTÓRICA

2.1 ORIGEM E CONCEITO DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL

No ano de 1980 surge a Teoria do Garantismo Penal, conceituada pela principal obra do ex-magistrado e atualmente professor de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino, Luigi Ferrajoli em “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”.

Ferrajoli, integrou um grupo de magistrados italianos democráticos que buscavam frear essa anulação dos direitos e garantias fundamentais vividas pela Itália na época. Embora não seja um penalista, um processualista penal e tampouco criminalista, Ferrajoli tem sua primeira grande obra na esfera criminal, devido ao campo penal aparecer como privilegiado nesse contexto histórico vivido na Itália, para ele demonstrar sua principal hipótese, que é a tensão entre o direito à liberdade e a segurança social ou o exercício do poder do Estado.

Com o significativo aumento da criminalidade na década de 1970, a teoria do garantismo penal nasce com o objetivo de assegurar garantias e direitos fundamentais, e ainda, cercear o direito/dever punitivo do Estado.

Antes de iniciarmos uma análise quanto a Teoria do Garantismo penal, mister se faz uma abordagem histórica de momentos vividos na esfera do Direito Penal. Com a criminalidade em alta, surgem 3 modelos de políticas criminais: I) o maximalismo penal, sugerindo um poder máximo ao estado em seu dever de punir, II) o abolicionismo penal, visando abolir o direito do estado de punição, muito devido a sua falha de ressocialização, e por fim, o ponto desta pesquisa, III) o minimalismo penal, que não visa maximizar e muito menos abolir o direito do Estado de punir, mas estabelece uma intervenção mínima do Estado no Direito Penal.

Ambos os modelos têm sua importância no Direito Penal, mas daremos maior enfoque ao modelo do minimalismo penal, modelo este onde surge a Teoria do Garantismo Penal.

Ferrajoli, impulsionado pelo momento crítico vivenciado na Itália, muito por conta do regime autocrático presente, regime este que suprimia direitos e garantias fundamentais, elaborou a teoria, de forma que apresentou grande preocupação com a violação de direitos e garantias fundamentais e visou garantir um Direito penal abstergido às próximas gerações. Uma vez exposto o contexto histórico do surgimento da teoria estudada na presente

pesquisa, convém conceituar a Teoria do Garantismo Penal e, então, aprofundar-nos em seus preceitos.

Afinal, o que é a Teoria do Garantismo Penal?

O garantismo é segundo próprio Ferrajoli, *la legge dei più deboli*, traduzindo do italiano, a lei do mais fraco. Ao fim, Ferrajoli deseja substituir essa cultura da lei do mais forte com a teoria do garantismo penal. No campo penal, o mais fraco, no momento do crime é a vítima, a teoria busca garantir e proteger a vítima, por meio da tutela penal. Em um segundo momento, onde o Estado aparece com seu poder punitivo, o mais fraco passa a ser o investigado, o acusado, o condenado e neste sentido, Ferrajoli busca também garantir os direitos fundamentais do investigado. A teoria criada por Ferrajoli, apenas fará sentido se frear a violência entre os particulares, mas principalmente se cercear a violência vinda do Estado em suas sanções.

Luigi Ferrajoli, conceitua a Teoria do Garantismo Penal em dois pontos, I) sob o prisma político, visando reduzir a violência e maximizar a liberdade; e, II) sob a perspectiva jurídica, limitando o poder punitivo do Estado, garantindo assim os direitos fundamentais do cidadão. (FERRAJOLI, 2002, p. 786.)

O garantismo penal proposto por Ferrajoli, procura combater o abuso no direito de punir do Estado, atitude adotada em Estados antiliberais, mas também, no outro lado da moeda visa combater o abolicionismo penal.

Em outras palavras, para Ferrajoli, punir é necessário, mas que tal punição ocorra nos moldes e regras constitucionais. Assim, a teoria veio para garantir o cumprimento dessas regras, e, garantir todos os direitos e garantias fundamentais, seja essa garantia para a vítima ou o réu.

2.2 OS DEZ AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL

A teoria traz à tona dez axiomas, ou seja, dez premissas que atuam no combate direto ao exagero em penas, delito e processos devendo garantir os direitos mínimos dos acusados, nortear o Direito Penal e também o Direito Processual Penal. Cada um dos axiomas tem a função de tutelar um valor, uma vez que o poder de punir do Estado não é ilimitado, devendo este poder ser limitado por regras e princípios.

Podemos dividir as premissas em três grupos, os axiomas que buscam resguardar os direitos e deveres a serem cumpridos no que se refere a punição do delito (pena), um segundo grupo no que se refere ao delito cometido e o terceiro grupo que visa garantir um processo penal límpido com base nos direitos e garantias fundamentais. Passamos a analisar um a um dos dez axiomas.

O primeiro grupo de axiomas, como dito anteriormente, tem como objetivo nortear as obrigações e garantias atinentes a pena, são três dos dez axiomas, vejamos:

O axioma *nulla poena sine crimine* confirma o princípio da retributividade, ou seja, não pode haver crime sem que haja uma lei anterior que o prescreva. Tal princípio busca vedar a imposição de uma sanção sem que haja a prática de qualquer atividade criminosa.

Tal atitude se fazia comum no passado, onde os possuidores do poder, sem hesitar, abusavam de seu poderio, onde aplicavam sanções aos seus inimigos políticos e a qualquer outro cidadão que lhe causassem importunos.

O segundo axioma, *nullum crimen sine lege*, confirma o princípio da legalidade, considerado por Ferrajoli como o princípio base da Teoria do Garantismo Penal, este princípio prega que não há crime sem lei, princípio este que está expresso em nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX.

O terceiro e último axioma relativo à pena, é o *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, este axioma ressalta o princípio da necessidade do direito penal, ou seja, apenas haverá incriminação do indivíduo se imprescindível for para a proteção do bem jurídico tutelado.

Para Luigi Ferrajoli, o princípio da necessidade do direito penal equipara-se ao princípio da intervenção mínima, ressaltando-se que o direito penal e suas sanções, apenas entram em ação quando realmente necessários e esgotados todos os outros meios de solução do delito. Assim, o direito penal, para Ferrajoli torna-se fragmentário, de forma que admite a

imposição do direito penal apenas à ataques que são consideráveis intoleráveis, pois, ferem bens jurídicos relevantes, e subsidiário, onde o Direito Penal somente interfere quando os demais meios de solução de conflitos não forem suficientes.

Uma vez explanados os axiomas que se referem a sanção, passamos a analisar os axiomas que se atribuem ao delito.

O primeiro deles é o *nulla necessitas sine injuria*, este axioma confirma o princípio da ofensividade ou da lesividade, ou seja, uma vez que não há uma concreta lesão ou perigo ao bem jurídico, não há também a necessidade de o direito penal intervir.

Para o direito penal garantista, condutas que não apresentam, ou apresentam um mínimo de perigo ao bem jurídico não devem ser levados ao direito penal.

O segundo axioma, *nulla injuria sine actione*, ressalta o princípio da materialização do fato, ou seja, o direito penal, apenas tipificará algum tipo de comportamento humano se este representar uma ação ou omissão proibida por lei. Assim, o julgamento não alcança as ideias e muito menos a conduta de vida do indivíduo, seu estilo de vida, apenas julgar-se-á suas ações.

O terceiro axioma, *nulla actio sine culpa*, diz respeito ao princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal subjetiva, o qual afirma que somente haverá crime se o autor atuar com dolo ou culpa, o que evita assim, qualquer tipo de responsabilização por responsabilidade objetiva.

Ainda que o princípio da responsabilidade pessoal subjetiva tenha sido adotado pelo Código Penal Brasileiro, mais precisamente em seu artigo 19, ainda é possível verificar casos em que pode se caracterizar a responsabilização objetiva, como no crime de rixa qualificada (art. 137, parágrafo único, do Código Penal) que se caracteriza tão-somente pela participação da rixa, mesmo que fique demonstrado que em momento algum efetuou algum golpe fatal.

Depois de explanarmos os axiomas concernentes a pena e ao delito, por último abordaremos quatro axiomas que segundo Ferrajoli, diz respeito ao processo penal.

O primeiro deles, é o *nulla culpa sine iudicio*, que consagra o princípio da jurisdicionalidade, este princípio está previsto na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, inciso LXI “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime

propriamente militar, definidos em lei”. Em outras palavras, a prisão deve ocorrer apenas em hipóteses de prisão em flagrante, ou seja, quando a autoridade policial é informada sobre a futura ocorrência de um crime e se dirige ao local para evitar o cometimento do crime e assim efetuar a prisão, ou mediante sentença transitada em julgado.

Quanto a este axioma, cabe lembrar e mencionar nesta pesquisa, o Princípio da Presunção de Inocência, assim, toda e qualquer pessoa, ainda que atue no polo passivo de um processo penal, é considerado inocente até que se prove o contrário. O Art. 5º, inc. LVII da Constituição Federal, garante que o Estado não exerça seu poder punitivo até que haja uma sentença transitada em julgada, de forma que cria assim, um modo democrático para que todos tenham um processo penal justo e com todos as fases respeitadas.

Este princípio, muito questionado pelos doutrinadores do direito, pode causar um efeito reverso no Direito Penal, de forma que favorece, pessoas com mais poderio financeiro que podem contratar excelentes advogados e assim interpor inúmeros recursos, é o que diz o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, “em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios” (Min. Luís Roberto Barroso, voto no HC n. 126.292, p 32) neste mesmo sentido o mesmo ministro também em um voto diz “condições de contratar os melhores advogados para defende-los em sucessivos recursos”. (Min. Luís Roberto Barroso, voto no HC, n.126.292, p. 33).

O segundo axioma, *nullum iudicium sine accusatione* valida o princípio acusatório, princípio este também exposto na Constituição Federal Brasileira, em seu art. 129, inc. I, onde afirma que o juiz em qualquer hipótese poderá considerar culpado qualquer indivíduo sem a devida provocação do Estado, por parte do Ministério Público, como preceitua o artigo 129 em seu inciso.

A acusação elaborada formalmente pelo Estado na pessoa do Ministério Público, assume um cargo importante, o que dá validade aos atos processuais, e havendo tal acusação, narra com exatidão o fato criminoso, bem como suas conjunturas de ações, e ainda proporciona a oportunidade ao acusado para que se defenda de todas as acusações, dessa forma posteriormente o juiz poderá sentenciar.

Se faz importante ressaltar a relevância deste princípio, com o papel fundamental de separar as funções entre as partes, o que assegura assim a imparcialidade do juiz, um processo com todos os trâmites e fases previstas no Código de Processo Penal, com isso garante então o devido processo legal.

O terceiro axioma, *nulla acusatione sine probatione*, traz à tona o ônus da prova, ressalta que não se cabe ação penal, sem provas da existência da infração e indícios de autoria, caso contrário, não há no que se falar em ação penal. Vale lembrar, que a ausência de comprovação da existência da infração e ante a ausência de indícios de autoria o juiz poderá, nos termos do art. 395, inc. III do Código de Processo Penal rejeitar a peça acusatória.

Dessa forma, é importante ressaltar que no sistema jurídico brasileiro, a doutrina majoritária entende que cabe provar a quem tem interesse em afirmar. “A quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos; a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas, ou modificativas. A prova da alegação (onus probandi) incumbe a quem a fizer.” (CPP, artigo 156, caput)

Como forma de finalizar a análise dos dez axiomas trazidos por Ferrajoli, o último e não menos importante, ainda no que se refere ao processo penal, é o axioma *nulla probatione sine defentione*, que aclama o princípio da ampla defesa e do contraditório, princípio este exposto na Constituição Federal Brasileira no artigo 5º, inciso LV.

Com o intuito de garantir ao acusado o direito de se defender representativamente na pessoa de um advogado, e, legalmente, este princípio vem para reforçar o que diz o Código de Processo Penal em seu artigo 261 “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

O preceito do contraditório e ampla defesa, visa em um segundo momento que o acusado tenha direito a todas as fases de defesas de um processo, sendo expressamente ilegal, qualquer tipo de corte de fases, ou do seu direito de defender quanto as acusações a ele imputado. Importante lembrar, que uma vez que fora imputado ao acusado qualquer ação ou omissão criminosa, deverá ser oferecido ao réu o direito de manifestação, garantindo assim um democrático equilíbrio entre a presunção punitiva do Estado e o direito à liberdade e também, o direito de defesa do acusado.

Findado a abordagem quanto ao último axioma, finalizamos assim, de forma sucinta, todos os dez axiomas mencionados por Luigi Ferrajoli, que para o italiano, são como base da teoria do garantismo penal.

Importante ressaltar que para Ferrajoli, a teoria do garantismo penal, é uma preocupação com toda a onda de violência, não apenas vivida na Itália na década de 1970, mas também, se aplicável na forma correta, pode ser contextualizada para os momentos vividos

atualmente. Ainda, segundo Ferrajoli a teoria do garantismo penal é um modelo ideal e, de certa forma, irrealizável por completo, devido à dificuldade da aplicação de todos os dez axiomas apregoados a teoria.

Neste diapasão, não há como negar, que o legislador, em 1988 adotou a forma garantista na Constituição Federal Brasileira, muito pelo histórico de regimes autocráticos vividos no Brasil, como na Itália. Ainda, a adoção de tal teoria veio diante da necessidade de garantir e assegurar os direitos fundamentais suprimidos, bem como, evitar, futuramente que novos regimes autocráticos se aproveitem do seu poder e voltem a suprimir garantias fundamentais a população.

Por essa razão, abordaremos no capítulo seguinte uma nova visão da teoria do garantismo penal vivida no âmbito penal, muito influenciada por uma onda de defensores dos direitos humanos, de forma que surge assim um novo conceito da teoria, mas de forma a garantir apenas os direitos de um lado do polo do processo.

3 TEORIA DO GARANTISMO PENAL APLICADA NO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil, assim como vivido na Itália, passou por um regime autocrático, uma ditadura militar que durou 21 anos, iniciada no ano de 1964, com o envio do exército nacional ao Rio de Janeiro, onde o então presidente João Goulart se encontrava, e perdurou até o ano de 1985 com a eleição de Tancredo Neves. Os militares entraram em ação alegando o risco eminente de um sistema comunista entrar em vigência no país. Assim, sob o trauma do regime militar, regime que suprimia direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, juristas brasileiros abraçam a Teoria do Garantismo penal.

Com o principal foco em garantir e tutelar os direitos e garantias, que ora foram suprimidos pela ditadura militar, a Teoria do Garantismo Penal foi festejada em solo brasileiro. Se somarmos o abraço por parte dos juristas brasileiros a teoria garantista com o fato de que o sistema penitenciário brasileiro, que naquela época já estava fadado ao fracasso, mostrou a sua incapacidade de ressocializar qualquer indivíduo que cumprisse uma pena, e ainda, somada a repulsa do sistema punitivo brasileiro, a teoria se adequou perfeitamente diante do cenário vivido no Brasil.

Entretanto, com o passar do tempo, e após a solidificação da Teoria em nossa Carta Magna, isto pela clara adoção por parte do legislador constituinte ao garantismo, houve uma modificação em sua essência. A teoria que ora seria para garantir os direitos e deveres de todos os cidadãos (seja réu, vítima, ou um cidadão comum), surge sob um prisma onde apenas se garante um direito, o direito à liberdade do réu/acusado.

Neste mesmo sentido, surgem críticas ao garantismo penal brasileiro, associando o garantismo penal a pelo menos três aspectos i) associação do garantismo penal a ideia de impunidade, ii) confundir a teoria elaborada por Ferrajoli com doutrinas abolicionistas e, iii) a ideia de reconhecer tão somente direito e garantias fundamentais do acusado/investigado, deixando de lado os mesmos direitos e deveres da sociedade.

Primeiramente, cabe ressaltar que no Brasil vivemos uma polarização, muito fundamentada por opções políticas e ideológicas, onde de um lado temos os garantistas, e do outro lado vemos os antigarantistas. Os garantistas defendem que as sanções penais, devem ser aplicadas na sua forma mínima, ou até mesmo nem aplicada. Já os antigarantistas, por sua

vez e obviamente, pregam o contrário disso, alegam que quanto maior a punição do Estado, mais seguro o estado estará.

A título informativo, a mídia nacional considera a corte suprema do país, o Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, composta por ministros garantistas, ou seja, que visam interpretar a constituição de forma a beneficiar o réu.

Neste mesmo diapasão, há quem pense que a teoria do garantismo penal, não passa de mais uma teoria que visa trazer a impunidade e apregoar a liberdade incondicionalmente, o que como vimos no capítulo anterior, está longe do objetivo proposto pelo professor e ex-magistrado italiano Luigi Ferrajoli.

Ferrajoli em seus dez axiomas citados na obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, é claro em defender que, se o fato cometido é tipificado como crime, sendo materializado o dolo ou culpa, e havendo um processo com todas as suas fases e etapas cumpridas, assegurando a ampla defesa e o contraditório, torna-se plenamente legal a condenação e posterior aplicação da pena ao indivíduo.

Não é o que vemos no Brasil.

Importante ressaltar, que a teoria do jurista italiano visa minimizar eventuais excessos do poder punitivo do Estado, ou seja, está longe de se tornar uma teoria que confere licença para o indivíduo cometer atrocidades da pior espécie, sabendo que ficará livre, impune, independente do que tenha feito, ainda mais se o indivíduo tiver uma boa condição financeira e conseqüentemente puder contratar um bom advogado.

Portanto, “garantismo não significa que ninguém nunca é punido por coisa nenhuma, não importa o que tenha feito” (BARROSO, 2018).

Muitos juristas brasileiros, de maioria da área criminal, tendem a repudiar o sistema penal aplicado no Brasil e adotam ideias abolicionistas, alegando que a imposição de penas privativas de liberdades são verdadeiras ofensas ao direito de liberdade e a teoria defendida por Ferrajoli. Isso se dá por conta do antecedente regime militar vivenciado no Brasil e devido à tradição autoritária de sistema de justiça criminal, onde vivíamos um histórico penal agressivo em relação às sanções aplicadas.

Com o findar do regime militar, e com a outorga da Constituição Federal de 1988, uma constituição claramente garantista, houve um movimento de pessoas ligadas ao direito, que

afirmavam que a teoria do garantismo penal estava claramente ligada a teorias abolicionistas, o que, como sabemos e estamos abordando, é uma afirmação errônea.

O que temos no Brasil é uma grande disputa de sentido sobre o garantismo. Fala-se muito a respeito da teoria do Garantismo, mas poucos juristas aprofundam-se nas obras de Ferrajoli.

Todavia, se aprofundarmos os estudos na teoria, é possível observar que Ferrajoli não defende nenhuma ideia abolicionista e muito menos maximalista do direito penal. Muito pelo contrário. Fato é que Ferrajoli, inegavelmente, defende a máxima liberdade do cidadão, restringindo o máximo possível o poder punitivo do Estado. Em momento algum Ferrajoli se posiciona e propõe a completa extinção do poder punitivo do Estado.

Sob este prisma, Ferrajoli acredita que qualquer teoria abolicionista desconsidera a teoria do garantismo penal, isto porque, não vê em qualquer ideia abolicionista uma sociedade organizada. Ferrajoli, (2002, p. 203) ao tratar sobre teoria abolicionistas, sustenta que elas perseguem um modelo pouco atrativo de sociedade selvagem, sem qualquer ordem e abandona a lei natural do mais forte, evidenciando o vício do absurdo e da regressão ao Estado de Natureza, desprovido de regras e indefeso a sua própria sorte.

Verifica-se, então, que a teoria do garantismo penal está longe de ser uma teoria que estimula o abolicionismo, ou uma teoria que busca manter o Estado ausente de seu poder punitivo.

Por fim, necessário trazer a este parágrafo a última distorção que a teoria do Garantismo vem sofrendo no Brasil, distorção que simboliza a proteção dos direitos e garantias fundamentais do investigado de uma forma excessiva, deixando de lado os demais direitos coletivos que são igualmente tutelados pela constituição brasileira.

Com relação a esta distorção, para os juristas e advogados brasileiros da esfera criminal, há uma espécie de hierarquização entre os direitos fundamentais individuais e coletivos, prevalecendo os individuais, costumeiramente, dos indivíduos que estão no polo passivo da persecução penal.

Sabemos que a nossa constituição adota o princípio da unidade, ou seja, não admite em qualquer hipótese, no nosso ordenamento jurídico qualquer hierarquização dos direitos fundamentais. Em outras palavras, direitos fundamentais individuais não mais importantes ou estão em um patamar elevado perante os direitos fundamentais de interesse social.

Frise-se que a sobreposição de direitos individuais sob os direitos coletivos, não encontra qualquer fundamento no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, cabe trazer a fala do ex-Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, que diz “a interpretação constitucional deve cuidar de não supervalorizar os direitos individuais quando em frontal colisão com iguais valores constitucionais de interesse social” (BARROS, 2017, p. 28).

Além disso, a teoria do garantismo penal, rechaça qualquer argumento que defenda que a teoria tem preferência ou apreço pelos direitos individuais, pelo contrário, o que a teoria realmente busca é tutelar os direitos sociais.

3.1 GARANTISMO PENAL INTEGRAL E GARANTISMO HIPERBÓLICO MONOCULAR

Com a ideia de que a Teoria do Garantismo Penal apresentada por Ferrajoli fosse uma teoria que harmonizava com ideias abolicionistas, o que já afirmamos durante esta pesquisa, ser apontada de forma errada, surge um novo conceito entre os juristas brasileiros, criado para evidenciar que a teoria do garantismo penal abrange de forma integral todos os direitos, sejam direitos do réu ou da vítima e da sociedade. Neste contexto nascem as expressões “Garantismo Penal Integral e Garantismo Hiperbólico Monocular” que de forma clara e objetiva vamos abordar nos próximos parágrafos do capítulo.

Nesta mesma acepção, o professor de Direito Penal e Direito Processual Penal e também Procurador Regional da República na 4ª região, Douglas Fischer, é claro no sentido de que o garantismo deva ser compreendido de forma integral, não apenas pelo prisma originário de defesa exclusiva de direitos fundamentais de primeira geração, de imposição de limites de atuação do Estado (FISCHER, p. 59, 2014).

Para melhor entender a afirmação dada por Douglas Fischer, cabe uma explicação sintética sobre o que são os direitos de primeira geração, segunda geração, terceira geração e quarta geração.

Os direitos de primeira geração, são direitos que consagram a vida, a liberdade, a propriedade, liberdade de expressão, participação política e religiosa, entre outros com caráter individual e sem a intervenção do Estado.

Já os direitos de segunda geração, de modo contrário aos direitos de primeira geração, incumbem ao Estado a responsabilidade por prezar uma vida digna do indivíduo na sociedade. São os chamados direitos sociais, econômicos e culturais.

Os direitos de terceira geração surgiram após o fim da Segunda Guerra Mundial, que durou de 1939 até 1945, e estão diretamente ligados a fraternidade, solidariedade, meio ambiente, são os direitos que garantem a proteção humana.

Por último e não menos importante, e um tanto quanto complexo, temos os direitos de quarta geração, que são direitos que garantem a democracia, informação e pluralismo. Norberto Bobbio, filósofo jurídico e escritor, também italiano, alega em sua obra “A Era dos Direitos” que os direitos fundamentais são adquiridos ao longo do tempo e devido a rápida evolução da tecnologia e a evidente possibilidade da manutenção genética, houve-se a necessidade de garantir os direitos fundamentais no que se refere às manipulações genéticas, por isso, são considerados direitos fundamentais a humanidade.

Explicadas às quatro gerações dos direitos, podemos voltar a tratar do objetivo da pesquisa.

O garantismo penal integral, procura ao máximo garantir que os dez axiomas trazidos por Ferrajoli, já vistos no primeiro capítulo desta pesquisa, sejam totalmente aplicados e compreendidos. Assim, se compreendidos e aplicados em sua forma máxima, no processo penal e no poder punitivo do Estado, garante-se o Estado Democrático de Direito a todos.

Quando se defende que estes princípios constitucionais sejam aplicados na íntegra, automaticamente, se defende que os direitos e garantias sociais também sejam postos em prática, bem como os direitos e garantias individuais. Deste modo, na medida em que a teoria é aplicada apenas com foco nos direitos individuais, como se postulasse apenas um deixar de agir do Estado, transforma a teoria em uma teoria monocular, que busca somente garantir os direitos e garantias de um lado da história.

Da mesma forma que o Estado deve garantir a vítima toda tutela e apoio, deve garantir também ao réu um devido processo legal, assegurando o seu direito de defesa, o Estado também deve assegurar a sociedade a segurança. É o que preceitua o artigo 144 da Constituição Federal Brasileira. Evidente que se, de alguma forma, se garante apenas os direitos e garantias de primeira geração (polo passivo do processo penal) o Estado põe em risco o dever de prestar segurança a sociedade.

Neste mesmo íterim, acredita-se que o devido processo legal assegurado, tutelado os direitos da vítima, e posteriormente a aplicação da respectiva pena, ao sujeito que tenha

cometido ato criminoso, temos uma verdadeira da aplicação da teoria do garantismo penal integral, uma vez que todos tiveram seus direitos e garantias efetivados.

Sob este prisma, surge a expressão Garantismo Hiperbólico Monocular, expressão criada pelo professor Douglas Fischer, que resulta em uma significativa proteção aos direitos do acusado, de forma que se torna até exagerada. Sobre esta expressão o professor Douglas Fischer diz:

Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral. (FISCHER, 2010, p. 48)

Douglas Fischer não poderia ter sido mais preciso uma vez que há, por parte de muitos juristas brasileiros, um claro exagero em suas teses defensivas, potencializando os direitos em favor dos indiciados nos inquéritos policiais e dos acusados nos processos criminais, como se o garantismo penal, idealizado por Luigi Ferrajoli, tivesse apenas esse propósito, esquecendo-se dos demais envolvidos no contexto processual.

Ainda, sobre o garantismo hiperbólico monocular, resta dizer que, uma vez maximizados os direitos dos envolvidos no processo penal, como réu, e deixando de lado todos os outros grupos de direitos e garantir coletivos e sociais, passa-se a impressão de insegurança a sociedade e, ainda, podendo causar grande instabilidade social e deixar a justiça brasileira à beira de dúvidas.

Importante ressaltar, que dentro do processo penal, existem outras partes envolvidas, que também carecem de atenção do Estado, e são essas pessoas que ficam exclusas da tutela do Estado e inseguras em hipóteses que o garantismo é aplicado na forma hiperbólica e monocular.

Essa forma unilateral do Garantismo, que se atenta apenas a proibição de excesso por parte do Estado, tem se mostrado ineficaz para a sociedade e até mesmo para os operadores do direito, uma vez que o dever de garantir segurança a sociedade, não consiste apenas em evitar que um crime aconteça, de forma prévia, mas também na apuração do fato típico, através da instauração de inquéritos policiais e investigações feitas

de maneira correta, sem se esquecer dos direitos dos investigados e/ou processados, e, se necessário na aplicação das devidas sanções ao responsável.

Temos então, que a teoria do garantismo penal integral, tem por maior objetivo o combate aos excessos cometidos pelo Estado, com seu poder punitivo, em face dos acusados, e também o cuidado e proteção dos direitos e interesses postulados pela sociedade.

Podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que a teoria do garantismo penal integral, consiste na propagação de um direito penal equilibrado, somado a um processo penal legítimo, com foco principal em garantir incansavelmente todos os direitos e garantias fundamentais expostos na Constituição Federal.

4 A IMPORTÂNCIA DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL

Uma vez que explanadas novas as interpretações, garantismo penal integral e garantismo hiperbólico monocular, passemos a indagar sobre a importância da Teoria do Garantismo Penal a luz do que aponta Ferrajoli na sociedade.

Como visto no início da pesquisa, em certo momento histórico, onde vivíamos um regime autocrático, o direito brasileiro sofre com a imposição de severas penas e uma grande quebra de direito e garantias fundamentais, mais especificamente falando do lado dos acusados e atuantes no polo passivo da ação penal, ainda que expressos os direitos na Constituição Federal. Sob este prisma, nasce o movimento garantista no Brasil, movimento que luta – até nos dias atuais – para garantir que todo acusado, toda vítima e a sociedade tenham seus direitos edificadas e cumpridos.

Como trouxemos no capítulo anterior, no território brasileiro, a teoria garantista é fruto de uma disputa ideológica, política e partidária. O que resulta em uma perda de essência, perda dos benefícios que a teoria traz para o sistema judiciário como um todo, essência essa que Ferrajoli traz em suas obras, que em sua maioria são densas e complexas, fazendo-se necessário um estudo aprofundado para conhecer e então entender o objetivo da teoria garantista. Deixemos de lado, em benefício a parcialidade, qualquer pensamento político e ideológico e proponho nos atentarmos ao objetivo da teoria: garantir a todos (sem qualquer exceção), os direitos e garantias fundamentais previstos em nossa constituição.

O objetivo do garantismo é claro, proteger o cidadão que cometeu um crime, garantindo-lhe um processo penal justo e baseado nas regras processuais, proteger a vítima, garantindo-lhe toda a atenção do Estado e também proteger a sociedade garantindo-lhe a segurança, o que convenhamos, o Estado tem falhado em todos os sentidos.

O garantismo de Ferrajoli é sobretudo, um modelo de direito que busca combater a violência criminal e também a violência estatal. Digo violência estatal, pois, analisando a evolução histórica da pena, onde primariamente tínhamos como pena, as torturas e penas de mortes, a teoria vem justamente para ir de encontro a este tipo de violência por parte do Estado. É óbvio, que não temos mais pena de morte, mas ainda há uma espécie de hipérbole no direito penal, o que como sabemos, a teoria visa atenuar.

Neste mesmo sentido, a teoria tem como objetivo principal conter a violência, seja nas práticas dos crimes, ou nas reações diante da prática de um crime por parte do Estado. Sob este prisma, nasce a importância da teoria, que basicamente, visa garantir que o Estado não puna com excesso, ou seja, para Ferrajoli, o Estado deve atuar com seu poder de punir, passando para a sociedade a sensação de segurança, mas também deve atuar garantindo a liberdade e também os direitos e garantias, bem como com formas para prevenir o crime, mostrando estar presentes em todos os âmbitos sociais.

O que o garantismo busca, por isso, damos tanta importância a teoria, é a punição com racionalidade, a punição com a observação a todos os princípios, a todas as leis e direitos previstos.

O poder punitivo é algo inquestionável na teoria do garantismo, contudo, o questionamento que vem à tona, é a limitação de tal poder, uma vez que sem limites, voltaremos a lei do mais forte, já vivenciada em tempos passados.

A importância do garantismo se dá também no processo penal, garantindo que não sejam usadas provas ilícitas, garantindo que não tenhamos um juiz parcial, garantindo que tenhamos uma sentença dada por uma autoridade judicial, garantindo que ninguém seja considerado culpado até o trânsito em julgado, garantindo que tenhamos na justiça penal, um processo com todas as fases cumpridas, e em tantos outros princípios basilares do processo penal. Uma vez garantidos todos esses princípios e direitos, a teoria do garantismo penal está cumprida, vejamos que ser garantista, ou pensar como um garantista, nada mais é do que prezar por um processo feito à luz da Constituição Federal.

Ainda, importante ressaltar, que o senso comum, atualmente falando, é de que o fazer justiça implica-se apenas em condenar, o que, sabemos, e o que a teoria garantista prevê, está longe do que realmente é fazer justiça. Para Ferrajoli, fazer justiça é condenar, apenas quando há a necessidade de condenar e esgotadas todos os outros meios de soluções, absolver quando tem a possibilidade de se absolver.

Não restam dúvidas que a Constituição Federal Brasileira é garantista - garantista no bom sentido -, isto já ficou evidenciado tanto nesta pesquisa, como em diversos artigos de juristas brasileiros. Contudo, a teoria garantista vem para garantir que os direitos individuais e direitos coletivos, considerados os pilares da democracia, sejam efetivados, perfazendo assim uma sociedade livre, justa e solidária.

Socialmente falando, há quem pense que o Direito penal e o direito processual penal são verdadeiros transgressores dos direitos individuais, pesando-se que efetivado a materialidade do fato típico, surge então a obrigatoriedade por parte do Estado de punir, aplicando a pena ao indivíduo. Concordamos que, se após um inquérito policial, ocorra o oferecimento de uma denúncia ou queixa, e tenhamos um processo penal com todas as suas fases e trâmites previstos concretizados, fique materializado o fato criminoso cometido pelo indivíduo o Estado deva agir com sua pretensão punitiva. Contudo, cabe ressaltar que o papel principal do direito penal e processual penal é garantir, e não retrain os direitos fundamentais. Assim, o Direito penal serve tanto para punir o cidadão que comete crime, como para proteger a sociedade dos crimes efetuados.

Desta maneira, a teoria garantista deve prezar pela aplicação de penas proporcionalmente irrepreensíveis e suficientes a proteção dos direitos fundamentais individuais.

5 CONCLUSÃO

Por fim, nos resta dizer que a Teoria do Garantismo Penal, brilhantemente trazida pelo professor Luigi Ferrajoli em seu livro “Direito e Razão” é de grandiosíssimo valor social para o sistema judiciário brasileiro. Isto porque, nada mais é do que uma teoria que busca assegurar que todos tenham seus direitos constitucionais protegidos pelo Estado.

Importante dizer que, a teoria ganhou notoriedade pelo momento histórico de um regime autoritário vivenciado no Brasil, e por ser uma teoria que tem por objetivo principal a proteção aos direitos fundamentais, se tornando uma importante mecânica de combate ao excesso no poder punitivo brasileiro.

A teoria que tem sua base axiológica muito bem exposta por Ferrajoli com seus dez axiomas, que se encaixados e aplicados, fazem a engrenagem do direito penal e do direito processual penal girar perfeitamente. Eis o maior desafio da teoria, aplicar todos os seus princípios e garantir a todos uma oportunidade de um processo e julgamento justo.

O garantismo tem por si só, a característica de aplicar ao Estado uma limitação - frise-se, limitação e não proibição - ao poder punitivo do Estado. Deixando assim, uma espécie de equilíbrio entre o dever/poder do Estado de punir e o direito à liberdade do indivíduo.

Embora o garantismo, tenha ganhado nos últimos tempos um sentido pejorativo, com uma equivocada comparação a teoria abolicionista, é necessária uma avaliação integral, não apenas observando os direitos individuais, mas também se atentando as obrigações do Estado para com as vítimas e sociedade. Evitando assim, uma visão monocular do garantismo, ou seja, uma teoria que não olhe apenas para os acusados e réus.

Tal visão integral da teoria, é a perfeita mistura do garantismo que busca proibir excessos no poder do Estado não deixando de lado a proporcionalidade nas penas, evidenciando a importância do Estado em aplicar a devida sanção a indivíduos que cometam crime, e a imprescindível segurança aos direitos fundamentais coletivos e sociais.

Portanto, podemos afirmar que ainda mais importante é a aplicabilidade da teoria do garantismo na forma integral, uma vez que no Brasil a teoria sofre com interpretações equivocadas, onde os operadores de direito usam e abusam da teoria em suas teses defensivas, para garantir apenas os direitos dos acusados.

A solidificação da teoria em sua integralidade surge com o grande desafio de impedir supostas hipertrofias no poder punitivo do Estado diante dos acusados e mesmo assim garantir todos os direitos de primeira geração e também, não deixar de lado a necessidade da proteção aos direitos coletivos, protegendo de maneira igualitária os direitos de segunda, terceira e quarta geração, perfazendo um perfeito equilíbrio no direito penal brasileiro.

6 REFERÊNCIAS

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Apresentação. In: CALABRICH, Bruno; FICHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2017.

BRASIL. **EMENTA CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII)**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 23 de junho de 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. **As Obrigações processuais penais positivas: Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos / Douglas Fischer, Frederico Valdez Pereira**. 2. ed. ver. Ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Disponível em: <https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 16 julho de 2021.

FISCHER, Douglas. **O que é garantismo penal integral?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral**. 4. Ed. Porto Alegre; Verbo Jurídico, p. 59-93.

LAGUNA, Eduardo. **Barroso debate Gilmar**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,barroso-nega-que-brasil-viva-quadro-de-estado-policial,70001863554>>. Acesso em 02 de julho de 2021.

MARQUES, Nany Papapyrou. **Do garantismo integral ao garantismo à brasileira**. 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: 05 de julho de 2021.