

ANÁLISE DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL E SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

MARQUES, Everton Campos^a; COLAMARCO, Rubens Caneschi de Freitas^b



itanborn1942@gmail.com
rubens.freitas@unifagoc.edu.br

^a Bacharel em Direito pelo UNIFAGOC

^b Especialista em Direito Administrativo e Advogado.

RESUMO

A teoria do Garantismo Penal Integral surgiu como uma forma de buscar máxima efetividade dos direitos fundamentais, tendo em vista que a eficácia de tais normas previstas no texto constitucional encontram-se limitadas na seara penal. Dessa forma, surge o questionamento: como tal teoria deve ser aplicada para que esteja em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988? O objetivo da pesquisa foi trazer uma visão mais cristalina da compatibilidade da teoria integral às premissas constitucionais; para tanto, realizou-se pesquisa de natureza básica com foco em revisão de literatura; foram coletados dados em fontes bibliográficas e documentais, lançando-se mão de artigos científicos, livros, sítios eletrônicos e o próprio texto de lei. Foram expostos dados quanto à criminalidade violenta, reflexos da interpretação enviesada do Garantismo Penal, alcançando-se o entendimento de que normas fundamentais não possuem hierarquia entre si, e que técnicas e princípios devem servir de guias, a fim de evitar decisões teratológicas no âmbito processual penal.

Palavras-chave: Garantismo Penal. Garantismo Penal Integral. Processo Penal Democrático. Sistema Acusatório.

INTRODUÇÃO

Considerando que na atualidade existe a necessidade de buscar o máximo possível de efetivação dos direitos fundamentais insculpidos no texto Constitucional, este artigo tem o escopo de provocar o entendimento e a reflexão sobre o assunto, com foco principal em questões que giram em torno do garantismo na seara penal.

No Brasil, aplica-se a teoria garantista penal de modo limitada, incidindo seu foco de proteção de direitos, majoritariamente, voltados apenas à proteção dos direitos fundamentais individuais daqueles que se encontram na condição de investigados, processados e condenados (Fischer *et al.*, 2017).

O termo “garantismo” ganhou destaque na Itália entre as décadas de 60 a 80 do século XX; tal período foi marcado por grande disturbio social, que aflorou através de atentados terroristas perpetrados por questões político ideológicas, e também pela atuação da máfia italiana, causando mortes e quebra da ordem pública vigente. O Estado, como forma de conter o avanço da violência, produziu uma legislação penal que violou direitos e garantias individuais. Ocorre que um grupo de intelectuais, dentre eles Luigi Ferrajoli, autor de importante obra garantista intitulada Direito e

Razão, uniram-se através de um movimento denominado “Magistratura democrática”, com o escopo de barrar abusos cometidos pela força pública (Pinho, 2020).

A busca por proteção dos direitos individuais fez com que houvesse um direcionamento mais concentrado sobre a rigidez constitucional e sua influência na produção de normas, pois não haveria condições de, sob os parâmetros constitucionais, o legislador infraconstitucional produzir leis que afrontassem direitos fundamentais previstos na norma “mãe” (Greco, 2020).

Ao observar a aplicação da teoria garantista penal no Brasil, percebe-se que o feixe de direitos provenientes do Texto Maior e normas convencionais encontra-se limitado; com base nisso, faz-se necessário compreender que a efetivação dos direitos perpassa por um olhar mais amplo, que vise um dever de aplicação integral dos direitos fundamentais individuais e coletivos sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e das cortes Internacionais de Direitos Humanos, de modo a demonstrar que não cabe mais justificar os direitos humanos/fundamentais, pois estes estão postos; a questão gira em torno da efetivação substancial de tais direitos (Bobbio, 1992), não se limitando apenas aos direitos individuais.

Pesquisas apresentam o Brasil como o país mais violento do mundo, com 47.722 assassinatos no ano de 2023, perfazendo um total de 10,4% do total mundial, de acordo a ONU (Dourado, 2023). Esse quadro sofre certas alterações em anos anteriores, segundo indicadores dos anos de 2011 a 2022 de mortes violentas (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023); além disso, não há uma resposta efetiva por parte do Estado na solução de tais crimes violentos, pois apenas 8% dos homicídios são solucionados e, na maioria das vezes, as prisões se dão por flagrante (Enasp, 2012).

Por haver uma necessidade pujante de justificar o Garantismo Penal Integral dentro dos parâmetros constitucionais, cabe trazer à discussão o seguinte questionamento: como a teoria do Garantismo Penal Integral deve ser aplicada para que esteja em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

O objetivo geral do estudo é analisar o Garantismo Penal integral de modo a obter parâmetros que comprovem o alinhamento deste com os objetivos teleológicos da Constituição, de buscar efetivação dos direitos fundamentais ao máximo possível e, dessa forma justificar sua aplicação.

Tem-se por objetivos específicos, a investigação por meio de coleta de dados e conhecimentos provenientes de estudos científicos voltados a comprovar que o Garantismo Penal Hiperbólico Monocular (Fischer *et al.*, 2017) é limitado, pois apenas abarca a proteção dos direitos individuais dos investigados, processados e condenados, produzindo reflexos negativos no seio da sociedade; além disso, é apropriado apresentar a visão internacional sobre os deveres do Estado, com ênfase nas mudanças de entendimento sobre o garantismo através de jurisprudência (in)nacional.

O tema se justifica tendo em vista os óbices apresentados no contexto brasileiro em matéria de efetivação de direitos fundamentais, o que evidencia a urgência de se fazer uma investigação jurídica voltada à justificação da opção que torna mais efetiva a teoria Garantista Penal Integral, tornando-se mais cristalina a visão sobre a realidade da aplicação garantista atual.

Para se chegar à solução do problema proposto, realizou-se uma pesquisa de natureza básica com foco em revisão de literatura, com coleta de dados em fontes bibliográficas e documentais, lançando-se mão de artigos científicos, livros, sítios eletrônicos e o próprio texto normativo; além disso, os dados tiveram um tratamento qualitativo, com o objetivo de buscar, de modo claro, a resposta ao questionamento apresentado.

Quanto à estruturação, o artigo conta com uma introdução, na qual são apresentados o problema e objetivos principal e específicos; em continuidade, levanta-se a gênese do garantismo surgido na Itália, para, então, compreender a interpretação deficitária dos dias atuais no Brasil. A fim de superar quaisquer lacunas de efetivação, apresenta-se, em seguida, a teoria do Garantismo Penal Integral como necessária à real efetivação dos direitos fundamentais no processo democrático. Dentro das estruturas do Estado, este estudo busca analisar a jurisprudência atual, com a finalidade de demonstrar uma mudança na interpretação garantista, apresentando uma maior abrangência do feixe de proteção dos direitos fundamentais e, no plano externo, o entendimento sedimentado nas Corte Internacionais de Direitos Humanos sobre as obrigações do Estado; por fim, tecer as devidas considerações sobre o estudo apresentado.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O GARANTISMO PENAL E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

Explanar sobre a concepção de Garantismo Penal é algo que remete, no âmbito prático, aos “anos de chumbo da Itália”; já no ideário filosófico, logicamente, antecede tal momento e se encontra na linha da história ligada à lógica da evolução das gerações de direitos.

Como mencionado anteriormente, o Garantismo Penal ganhou força na Itália dos anos 60, 70 e 80 do século XX, tendo em vista que naquela ocasião havia uma completa afronta aos poderes do Estado como uma onda de atentados terroristas, os quais promoveram o que se denominou como os “anos de chumbo” (Tambosi, 2020); portanto, houve a obrigação de o Estado aplicar medidas severas, as quais tinham o condão de minimizar os problemas; ocorre que tais medidas limitavam/extirpavam direitos individuais dos investigados, processados e condenados (Pinho, 2020).

Com base naquela situação, um grupo de magistrados, dentre eles Luigi Ferrajoli, encabeçaram um movimento denominado “Magistratura Democrática” (Pinho; Albuquerque; Sales, 2019), com a missão de proporcionar o mínimo de direitos aos que se encontravam sob o domínio do Poder Público no âmbito da persecução penal, de modo a demonstrar, conforme bases fundamentais, a existência de um Estado Constitucional de Direito.

Segundo Greco (2020, p. 9), “a Constituição nos protege da arrogância e da prepotência do Estado, garantindo-nos contra qualquer ameaça a nossos direitos fundamentais”. Sob esse argumento, Luigi Ferrajoli criou a teoria garantista penal de base axiológica, que seria o tronco do qual se buscaria a proteção dos direitos fundamentais individuais.

O conceito de Garantismo Penal, portanto, possui ligação intrínseca com o Direito Constitucional e, consequentemente, liga-se umbilicalmente ao estado democrático de direito. Conforme Ferrajoli (2002 *apud* Serretti, 2010):

Garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao Direito penal, o modelo da estrita legalidade, próprio do estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Era premente a necessidade de se buscar uma solução concreta para os abusos por parte do Estado, com a afirmação de pertencimento a um Estado Democrático de Direito, em que se prezam os direitos fundamentais individuais, caracterizado pela contenção da força do Poder do Estado sobre os indivíduos.

Nessa senda, a teoria Garantista Penal firmou sua base em 10 (dez) axiomas, que estruturaram sua base teórica e filosófica: cinco são voltados ao direito material, sendo os outros destinados ao processo penal. São eles, respectivamente: 1- *Nulla Poena sine crimen*; 2- *Nullum crimen sine lege*; 3- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; 4- *Nulla necessitas sine injuria*; 5- *Nulla injuria sine actione*; 6- *Nulla actio sine culpa*; 7- *Nulla culpa sine judicio*; 8- *Nulla judicium sine accusatione*; 9- *Nulla accusatio sine probatione*; 10- *Nulla probation sine defentione* (Greco, 2020).

Na visão majoritária dos intérpretes da teoria no Brasil, tem-se que “a vítima, no momento do crime, é tutelada enquanto – a partir de uma séria teoria do bem jurídico... possui seus interesses alçados à proteção penal. Porém, a partir do momento em que o processo penal tem início, o imputado passa a ser o débil” (Pinho; Albuquerque; Sales, 2019).

Há como se perceber, nas palavras da jurista Ana Cláudia Pinho e outros, uma linha do tempo, em que, quando iniciada a persecução penal (bem como a eventual fase de execução da pena) o débil passa a ser o investigado, processado ou condenado. Tal entendimento traz uma discussão sobre a preponderância de um direito fundamental individual em detrimento da vítima e no geral da sociedade. Com base nisso, pode-se afirmar que “...toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez infundada” (Bobbio, 1992; p. 17), tendo em vista que há, conforme se apresenta num determinado contexto social, axiomas, os quais serão os direcionadores para a interpretação do que se tem por fundamento de direito:

[...] os valores últimos (fundamentos de direitos) são antinômicos: não podem ser realizados globalmente e ao mesmo tempo. Para realiza-los, são necessárias concessões de ambas as partes: nessa obra de conciliação, que requer renúncias recíprocas, entram em jogo as preferências pessoais, as opções políticas, as orientações ideológicas. (Bobbio, 1992, p. 18).

Portanto, conforme o entendimento do renomado jurista, não existe uma forma de se trazer à tona um fundamento absoluto; o que se tem é o constante embate entre direitos fundamentais e, dadas condições de temperatura e pressão ideais, um ou outro irá prevalecer; no caso da aplicação das normas fundamentais no direito brasileiro, geralmente prepondera o individual em detrimento do social por uma prestação positiva deficitária por parte do Estado.

CONCEITO DE GARANTISMO PENAL HIPERBÓLICO MONOCULAR E SUAS IMPLICAÇÕES

O atual quadro social vivido no Brasil, em que a sociedade é carente de prestações positivas por parte do Estado, faz refletir sobre o desvirtuamento do garantismo empregado em grande escala no território nacional. Parte dessa carência advém de respostas superficiais prestadas pelo Estado na esfera penal; isso se caracteriza, por exemplo, no que a doutrina conceitua como garantismo penal hiperbólico (exagerado em matéria de proteção) monocular (que visa proteger apenas o investigado, processado e condenado) (Fischer *et al.*, 2017), limitando, assim, o feixe de proteção dos direitos fundamentais.

Para os adeptos do Garantismo Penal nos ditames do agora, o poder punitivo do Estado não é veículo de efetivação de direitos sociais fundamentais, pois estes estão relegados à uma teoria que os coloca no campo do realizável (Pinho; Albuquerque; Sales, 2019). Nesse caso, é necessário constar que há um Estado Democrático de Direito, do qual fazem parte todas as garantias expressas na CRFB88, sendo que mais precisamente no artigo 6º da Carta Maior, tem-se a previsão de prestações positivas de Segurança por parte do Estado (Brasil, 1988), o que não se encontra em segundo plano, pois, é ferramenta de afirmação da própria democracia e se inclui, numa das quatro dimensões do Garantismo (Ferrajoli, 2014).

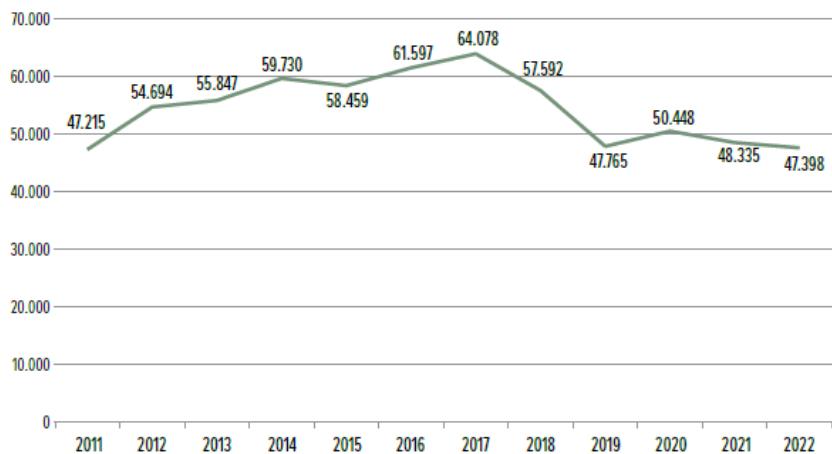
Não se pode olvidar dos reflexos proporcionados por normas que fazem a previsão das prestações positivas por parte do Estado, inclusive quanto à Segurança, pois esta atuará na proteção de outros direitos fundamentais, embora possam surgir pontos de conflitos. (Barroso, 2023).

A interpretação enviesada da teoria garantista penal, que possui como vetores a leniência e a omissão provocadas pelo Estado na aplicação da lei, enseja na violência que se encontra atrelada à própria história da sociedade brasileira. A título de argumentação, tem-se como exemplo inúmeras práticas ilícitas, tais como: tráfico de drogas, roubos, estupros, crime organizado, corrupção sistêmica, a destruição da Segurança Pública pelo sucateamento da infraestrutura de suas estruturas materiais e humanas, o caos no sistema penitenciário, dentre outros fatores. É um cenário que permite um retrato da negligência estatal, e parte disso advém da interpretação enviesada e limitada do Garantismo Penal (Pessi; Guardin, 2023).

Existem implicações severas no quadro de omissão promovida pela não prestação de ações concretas por parte do Estado, em que os reflexos ganham um destaque, inclusive, em âmbito internacional. Segundo pesquisas, o Brasil atualmente é um dos países mais violentos do mundo, o que mostra o quanto são necessárias medidas pragmáticas e concretas, a fim de se converter os números.

Entre os anos 2011 até 2022, morreram, vítimas de homicídio intencional, 597.311 pessoas no Brasil, sendo que o ápice de incidência se encontra no ano de 2017, com 64.078 pessoas mortas; quanto à menor quantidade de mortes, estas se encontram no ano de 2011, perfazendo um total de 47.215. A análise evidenciou um recrudescimento das mortes até 2017; em seguida houve uma baixa significativa até o ano de 2022 (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2023).

Figura 1 - Mortes Violentas Intencionais: Brasil 2011 a 2022



Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023.

O Estado possui a responsabilidade direta de responder ao caos na Segurança Pública existente no país, pois somente a ele é dado oficialmente o poder de exercer o *jus puniendi*. Os péssimos números possuem relação intrínseca com os ditames ideológicos empregados ao contexto brasileiro. De forma incisiva, Pessi (2023) diz que “a aplicação de teorias críticas, garantistas e alternativas, em matéria penal, vem rendendo ao Brasil os únicos frutos da mentalidade revolucionária: terror, destruição e morte”.

Não obstante os aportes provenientes de dados estatísticos brasileiros, faz-se necessário compreender que a gravidade extrapola as fronteiras nacionais, pois, em comparação com números globais, o Brasil está em primeiro nas pesquisas de 2023 realizadas pela ONU em matéria de homicídios (Dourado, 2023). Tal fato retrata a falácia de um Estado em que há um superlativo de garantias aos que cometem crimes.

Dentro da Corte Interamericana de Direitos Humanos, constata-se que o Brasil possui cerca de 20 sentenças impondo o dever de reparação, o reconhecimento de responsabilidade internacional relativas à ineficiência em apurações, além de outras medidas como no caso de Damião Ximenes Lopes (CIDH, 2006):

[...] por sua morte enquanto se encontrava ali submetido a tratamento psiquiátrico; bem como pela suposta falta de investigação e garantias judiciais que caracterizam seu caso e o mantém na impunidade. A suposta vítima foi internada em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do sistema público de saúde do Brasil, chamado Sistema Único de Saúde (doravante denominado “Sistema Único de Saúde” ou “SUS”), no Município de Sobral, Estado do Ceará. O senhor Damião Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999 na Casa de Repouso Guararapes, após três dias de internação. (grifo nosso).

Há uma omissão na apuração de fatos criminosos, a exemplo de homicídios, os quais em grande escala não são resolvidos, conforme aponta o Diagnóstico de Investigação de Homicídios no Brasil produzido no ano de 2012 (Enasp, 2012), que possuía como meta os inquéritos instaurados antes de 31 de dezembro de 2007, perfazendo um total de 134.944 inquéritos em andamento. A força tarefa montada

apontou vários problemas na conclusão de inquéritos versando sobre tais fatos, alguns dos quais são a defasagem no efetivo das forças policiais, a falta de padronização de condutas e meios para a execução das demandas, por exemplo, computadores, materiais de laboratório, estruturas físicas, dentre outras.

Além dos homicídios, existem dados alarmantes versando sobre roubos, violência contra mulheres e assim por diante. Os números são a visão clara de que existe realmente uma negligência por parte do Estado em cumprir seus deveres. Obviamente que não há espaço para abusos, mas o que se tem de buscar é a aplicação dos ditames impostos pela Constituição de 1988. Segundo Ferrajoli (2014, p. 35):

O direito não é mais subordinado à política como instrumento desta, mas é a política que se torna instrumento de atuação do direito, submetida aos vínculos a ela impostos por princípios constitucionais: vínculos negativos, como são aqueles gerados pelos direitos de liberdade que não podem ser violados; vínculos positivos, como são aqueles gerados pelos direitos sociais que devem ser satisfeitos. (grifo nosso).

Não se pode, sob o pretexto de proteção dos direitos individuais, partir para decisões discricionárias, as quais provocam prejuízo à sociedade; portanto, o viés de que o débil deve ser protegido, em determinadas situações, expõe decisões teratológicas como a proferida em data de 07-04-2024 por um Juiz Federal da cidade de Cárcere/MT em audiência de custódia provocada pela prisão de dois indivíduos que transportavam cerca de 420 quilos de drogas ilícitas (cocaína e maconha). O Juiz alegou na decisão que os acusados “aproveitaram a oportunidade de dinheiro fácil, por serem pobres e residentes na fronteira com o país maior produtor de uma das drogas recreativas mais usadas no mundo, a cocaína”. Posteriormente, houve a revogação parcial da decisão, com o respectivo mandado de prisão preventiva expedido e a consequente prisão dos dois indivíduos, um dos quais era foragido da Justiça desde 2016 e teria sido condenado a 10 anos em regime fechado por tráfico de drogas (Cicci, 2024).

Qualquer política de caráter dissuasivo aos interesses da Constituição carece de correção; portanto, há no Brasil um ordenamento jurídico em que a Constituição está no ápice da pirâmide, que possui no seu corpo normas fundamentais, as quais devem ser interpretadas, segundo os parâmetros impostos por ela mesma (Bobbio, 2017), não renuncia à força que dela provém.

O fato acima narrado entra na alçada de que há limites que não se deve ultrapassar. Quando há colisão entre direitos fundamentais, métodos e princípios interpretativos devem ser utilizados de modo racional e realizável, em que pese não haver decisões com plena segurança jurídica, como na hipótese de se recorrer apenas às normas regras (Branco, 2009); portanto, logicamente não se está fora de um certo subjetivismo, mas essa carga axiológica deve ter por parâmetro, no mínimo, bom senso.

Há no Brasil uma política voltada para o desencarceramento em massa, que utiliza a própria falência do aparato estatal para a construção de argumentos, os quais são insubstancial e desvirtuados da realidade, tendo como plano de fundo um ideal político e ideológico. Um exemplo para o exposto é o argumento de que o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, entretanto tais números são

colocados em grau superlativo, pois são incluídos aqueles indivíduos que se encontram nos regimes “aberto” e “semiaberto”. Durante análise de números estatísticos produzidos no ano de 2014 pelo Infopen, segundo Carpes (2021):

[...] em relação à própria população carcerária, enquanto o órgão federal informa 622.202 presos, o CNMP, no ano seguinte, informa 557.310 presos. Explicação quanto à grande diferença, em parte atenuada pelo número de presos em delegacias não contabilizados pelo CNMP (37.444), pode estar no interesse dos Estados brasileiros em inflacionar sua população carcerária, a fim de possibilitar maiores repasses do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional).

Além disso, o autor cita um alerta, do ano de 2006 a 2015, produzido pelo site “Contas Abertas”, quanto à situação de repasses que estariam sendo contingenciados para auxiliar no balanço financeiro da União, obstando melhoras no sistema penitenciário (Carpes, 2021).

Logicamente, os reflexos do garantismo penal exacerbado e monocular não se esgotam apenas nos dados apresentados, mas deve-se levar em consideração a seriedade dos números que impactam toda a sociedade, demonstrando uma necessidade urgente de mudanças no viés limitado da interpretação do Garantismo Penal.

GARANTISMO PENAL INTEGRAL E SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal é o referencial para toda a cadeia normativo/legal presente na sociedade brasileira, portanto é por intermédio dela que se deve basear a hermenêutica e sobre ela traçar vias interpretativas. Conforme Bobbio (2017), “a norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais o poder de editar normas válidas, impõe, de outro, a todos aqueles aos quais as normas constitucionais se dirigem, o dever de obedecer-lhes” (grifamos).

No entendimento de Hesse (1991), a Constituição jurídica está atrelada à realidade histórica de seu tempo; dessa forma, pela intensidade da vontade de constituição, tem-se uma maior ou menor força normativa. Por esses termos, faz-se necessário analisar o atual quadro da prestação das garantias na seara penal, o que evidencia uma incompletude, ou seja, uma limitação do alcance protetivo das normas fundamentais, portanto, uma omissão que acarreta no descumprimento da previsão constitucional.

O que se tem hoje no quadro do garantismo penal é uma sobreposição dos direitos individuais sobre os coletivos. Esse desequilíbrio reflete diretamente na sociedade, que percebe uma ineficiência do Estado na prestação positiva provocada pela omissão.

Como forma de trazer evolução ao sistema garantista brasileiro, tem-se o Garantismo Penal Integral, teoria esta que se coaduna perfeitamente aos objetivos do texto constitucional de efetivação ao máximo dos direitos fundamentais. A CRFB88 é garantista e não se resume à defesa apenas dos direitos fundamentais individuais, ou seja, vai abranger toda a gama de direitos e deveres previstos no texto constitucional em consonância com os pressupostos da teoria garantista integral (Fischer *et al.* 2017).

Com base nessa premissa, comprehende-se não haver um vislumbre correto de interpretação de normas inferiores sem que estas estejam alinhadas com os objetivos teleológicos previstos na Constituição, ou seja, buscar ao máximo possível a efetivação de todos os direitos fundamentais (Fischer; Pereira, 2019).

Dentro do Direito Constitucional, é sabido que não existe hierarquia jurídica entre normas constitucionais, com parcela da doutrina enxergando exceções no que se refere às normas que proíbem a prática da tortura e escravidão (Bobbio, 1992). Dessa forma, e conforme o Princípio da Unidade da Constituição, tem-se um todo indivisível e, quando de uma colisão entre princípios, cabe ao intérprete a utilização de métodos e princípios de interpretação (Mitidiero; Sarlet; Marinoni, 2023). Sendo assim, quando da colisão entre direitos fundamentais, de acordo com os ensinamentos doutrinários, cabe ao intérprete o melhor caminho para a harmonização, o que não significa que haja um regra sobre a preponderância dos direitos fundamentais individuais.

O Estado tem de atuar na conformidade da Constituição, mas a ele não cabe dispor de quaisquer direitos; portanto, escolhas discricionárias trazem, em boa parte das decisões, reflexos negativos, por não estarem equadrados nos bens e valores previstos no Texto Maior (Fischer *et al.*, 2017). Sendo assim, a sanha por proteção exacerbada e monocular apenas aos direitos fundamentais individuais demonstra incompletude de uma raciocínio com efeito limitado.

O ponto central para que o Garantismo Penal Integral seja a teoria mais completa se deve ao fato de não se resumir às garantias negativas, em que o Estado tem de se abster de determinadas condutas que atinjam direitos individuais, mas também das garantias positivas, as quais têm o escopo de manter a integridade da sociedade (Fisher; Pereira, 2019). Há, portanto, uma busca pelo equilíbrio entre as partes réu e vítima/sociedade, igualando-se o feito processual pela paridade de armas.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL SOBRE O TEMA DO GARANTISMO

A materialização da teoria garantista penal ganha seus contornos através da doutrina e correntemente pela jurisprudência; em grande parte das decisões, existe um viés que concentra a proteção única e simplesmente naqueles que se encontram na condição de investigados, processados e condenados. Entretanto, tem-se que ressaltar alguns entendimentos trazidos à luz pelo choque da realidade.

No Brasil, há um alto índice de crimes relativos a homicídios contra mulheres, perfazendo um total de 4034 vítimas no ano de 2022, com aumento de 1,2% em relação a 2021, além de um aumento nos crimes de feminicídio, com 1437 vítimas, o que representa uma majoração de 6,1% em relação ao ano de 2021 (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023).

Devido a contextos como o citado, a segunda turma da Corte Suprema em julgamento do RHC 229558 AgR / PR – Paraná, em data de 21-11-2023, tendo como Relator o Ministro Nunes Marques, julgou ser possível a investigação da racionalidade mínima das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri em que haja absolvição de crimes graves. O caso em análise tem como fator precursor o crime de feminicídio (Brasil, 2023), configurando-se, portanto, como um ganho para a sociedade que é assolada pelo crescimento de tais ilícitos penais. Abaixo segue a ementa com a decisão:

Ementa: PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. QUESITO GENÉRICO. ABSOLVIÇÃO. CLEMÊNCIA. RECORRIBILIDADE. CRIME HEDIONDO. FEMINICÍDIO. INSUSCETIBILIDADE DE GRAÇA OU ANISTIA. SUBMISSÃO NOVO JULGAMENTO. 1. Se, de um lado, é admissível a utilização de critérios extralegais de exculpação, de outro, não é possível tornar irrecorrível a decisão do júri por mera aplicação do quesito genérico. 2. Não cabe, no âmbito do Tribunal do Júri, investigar a fundamentação acolhida pelos jurados, já que não possuem a obrigação de justificar seus votos. No entanto, nada há no ordenamento jurídico que vede a investigação sobre a racionalidade mínima que deve guardar toda e qualquer decisão. 3. A existência de diversas novas hipóteses de absolvição diante da previsão do quesito genérico, não significa que elas sejam indetermináveis, nem ilimitadas. 4. Ainda que fundada em eventual clemência, a decisão do júri não pode implicar a concessão de perdão a crimes que nem mesmo o Congresso Nacional teria competência para perdoar. 5. Não se podendo identificar a causa de exculpação ou então não havendo qualquer indício probatório que justifique plausivelmente uma das possibilidades de absolvição, ou ainda sendo aplicada a clemência a um caso insuscetível de graça ou anistia, pode o Tribunal ad quem, provendo o recurso da acusação, determinar a realização de novo júri. 6. In casu, tendo o recorrido praticado, em tese, o crime hediondo de feminicídio, para o qual não cabe a concessão de clemência, tal hipótese sequer deve ser considerada, a fim de que possa justificar o não cabimento do recurso de apelação interposto contra a decisão absolutória do Tribunal do Júri. 7. Agravo regimental provido para o fim de manter a decisão do Tribunal de Justiça exarada para determinar a realização de novo julgamento.(grifo nosso)

O julgado acima possui um significado atípico no quadro das decisões relativas ao processo penal, pois abriu uma vertente que foca na proteção tanto da vítima quanto da família, e via de consequência, da sociedade brasileira. Há como se perceber um contexto social em que mulheres são constantemente mortas pelo simples fato de pertencerem a esse gênero, pois são tidas como inferiores, meros objetos. A grande quantidade de crimes dessa natureza fez acender um sinal de alerta, e medidas têm de ser tomadas para que ocorra uma mudança concreta.

Segundo Bobbio (1992), “[...] a conexão entre mudança social e mudança na teoria e na prática dos direitos fundamentais sempre existiu, o nascimento dos direitos sociais apenas tornou essa coisa mais evidente [...]”. Compreende-se, com isso, que as mudanças na sociedade são vetores de afloramento de proteção de direitos fundamentais, pois, a partir do momento em que uma demanda social surge, como no caso dos crimes de feminicídio, existe uma necessidade de resposta por parte do Estado, o que coloca em evidência a proteção positiva visando manter a integridade social.

Embora a jurisprudência nacional ainda seja tímida na implementação do Garantismo Penal Integral, há fortes precedentes das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, como é o caso, por exemplo, da sentença proferida em 07 de setembro de

2021, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2021), no caso *Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil*, por motivo de ter havido atraso na apuração do crime de feminicídio contra a Sra. Marcia Barbosa de Souza no ano de 1998 praticado pelo Deputado Aécio Pereira de Lima, que, após longa apuração foi condenado a 16 dezesseis anos de prisão, recorreu, e em 2008 acabou falecendo antes da análise do recurso.

O processo durou mais de 9 (nove) anos, violando o direito à duração razoável do processo, demonstrando falhas na produção de provas sem o esgotamento das vias investigatórias, de modo que tais óbices implicaram em violação da integridade psíquica de seus familiares.

Nota-se que está consolidado o entendimento da CIDH no que se refere aos deveres do Estado com a apuração, processamento e condenação de fatos criminosos, sendo que, nas 20 sentenças proferidas por esta Corte contra o Brasil, torna-se nítida esta visão. No caso apresentado, estende-se a proteção à família da vítima, o que demonstra a preocupação em alcançar maior amplitude do feixe de proteção dos direitos fundamentais.

Abaixo segue trecho da decisão (CIDH, 2021):

"O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais, à igualdade perante a lei e à proteção judicial, contidos nos artigos 8.1, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos sem discriminação e ao dever de adotar disposições de direito interno, estabelecidos nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação às obrigações previstas no artigo 7.b da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em prejuízo de M.B.S. e S.R.S., nos termos dos parágrafos 98 a 151 da presente Sentença.

O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de M.B.S. e S.R.S., nos termos dos parágrafos 155 a 162 da presente Sentença. (grifo nosso)."

Conclui-se com a sentença da CIDH que o Estado tem a obrigação de prestação positiva no que tange à investigação, processamento e condenação, não se justificando o atraso em dar uma resposta efetiva à família da vítima.

Ao adentrar nas motivações para a demora no desenrolar do processamento, depara-se com a imunidade parlamentar, e a própria necessidade à época de autorização por meio da Assembleia Legislativa para que se pudesse processar o deputado, conforme trecho da sentença abaixo (CIDH, 2021):

"Em 8 de outubro de 1998, em virtude da imunidade parlamentar usufruída pelo então deputado estadual, o Procurador-Geral de Justiça apresentou a ação penal perante o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, com a reserva de que apenas poderia ter seu início se a Assembleia Legislativa o permitisse. A esse respeito, em 14 de outubro de 1998 e 31 de março de 1999, solicitou-se a respectiva autorização, a qual foi negada em 17 de dezembro de 1998 e 29 de setembro de 1999, respectivamente". (grifo nosso).

Portanto, O Estado brasileiro foi condenado ao pagamento de indenização aos familiares da vítima, bem como a diversas outras medidas relacionadas à crimes relativos à feminicídios. Novamente um ganho para a sociedade, demonstrando que há um alinhamento perfeito à teoria garantista penal integral no contexto da CIDH.

Da mesma forma são as decisões tomadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pois encontra-se assentado há anos, a ideia de prestação das obrigações positivas por parte dos Estados membros, conforme exemplo de decisão proferida em 04 de maio de 2001, no caso Hugh Jordan, Mckerr, Kelly y otros, y Shanaghan contra Reino Unido, pela morte de parentes provocadas por soldados da RUC (Royal Ulster Constabulary), a qual seria a força policial da Irlanda do Norte, ficando decidido por unanimidade que “*existió violación del artículo 2 (derecho a la vida) del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, debido a lagunas en la investigación realizada sobre las circunstancias de los fallecimientos, todo ello *en los cuatro casos*”(TEDH, 2001), portanto, ensejando em indenizações às famílias das vítimas conforme trecho extraído da sentença abaixo(TEDH, 2001):

A título del artículo 41 (satisfacción equitativa) del Convenio, el Tribunal concede 10.000 libras esterlinas (GBP) a cada uno de los solicitantes por daños morales y, por gastos y costas, 30.000 GBP a Hugh Jordan, 25.000 GBP a Jonathan McKerr, la suma global de 30.000 GBP a los solicitantes en el caso *Kelly y otros*, y 20.000 GBP a Mary Shanaghan.

Constata-se que no Direito Internacional, com pauta voltada à proteção dos Direitos Humanos, encontra-se sedimentado o entendimento de busca pela efetivação máxima de tais direitos, e que para isso, o próprio Estado tem deveres para com a sociedade, comprehende-se que há uma necessidade urgente de adaptação da aplicação da teoria garantista penal integral no Brasil, com foco na ampliação do feixe de proteção dos direitos fundamentais.

Uma forma de os Estados se precaverem de responsabilizações internacionais e, ao mesmo tempo se enquadrarem nos ditames garantistas mais amplos, é lançar mãos das jurisprudências produzidas pelas Cortes Supranacionais, mesmo que não se relacionem diretamente a fatos gerados no Brasil, e aplicá-las ao contexto brasileiro, de modo que esta exegese, traga a evolução ao ordenamento jurídico pátrio ao permitir que as vítimas ganhem destaque no processo penal brasileiro (Fischer; Pereira, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme proposto, o artigo, cuja finalidade foi analisar a teoria do garantismo penal integral, apresentou-se primeiramente o significado do garantismo penal e sua gênese no contexto italiano, quando havia uma completa desordem pública provocada por atentados terroristas, e o Estado utilizou-se da dureza das leis para frear a quebra da paz social. Ocorre, contudo, que abusos foram cometidos pelo governo italiano, o que fez surgir o movimento “Magistratura Democrática”, com a finalidade de barrar o avanço do Estado sobre direitos individuais. No Brasil, a teoria foi incorporada ao ordenamento jurídico com um viés de proteção apenas dos direitos individuais de pessoas investigadas, processadas e condenadas, ou seja, o débil é aquele que se

encontra sob os holofotes da persecução penal estatal (leviatã) pelo possível cometimento de crimes.

Foram apresentados números sobre o quadro de violência pela qual o país tem passado, de modo a tornar cristalina a visão de que o Estado falha na resposta ao crescimento do crime, sendo inefetivo quanto às prestações positivas, a qual também se encontra no rol dos direitos fundamentais. Os números apresentados são o retrato de uma sociedade à beira do completo abandono estatal. É constrangedor que o país ganhe destaque internacional negativo, pois, em decorrência de sua ineficiência, o Brasil possui cerca de 20 condenações na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A resposta para o completo caos social brasileiro está no avanço e aumento do feixe de proteção dos direitos fundamentais, de modo a colocar em evidência também a vítima/sociedade, tendo como escopo o melhoramento de uma teoria que é dinâmica, e não estática. Sendo assim, verifica-se que o Garantismo Penal Integral possui amplo respaldo jurídico, coadunando-se com os preceitos constitucionais de efetivação ao máximo dos direitos fundamentais. Exemplo disso são algumas decisões tomadas pela Corte Constitucional, no que se refere à violência contra mulheres, em especial homicídios e feminicídios, ou seja, devido ao aumento de tais crimes, medidas têm sido tomadas a fim de tornar mais eficaz o combate ao quadro de violência.

Embora haja alguns exemplos positivos quanto à aplicação do direito visando uma maior abrangência do feixe de proteção dos direitos fundamentais, em sua grande maioria, ainda são produzidas respostas irrisórias, o que tem ratificado a necessidade urgente de evolução da teoria garantista, com o propósito de preservar a sociedade, mas também de garantir, conforme os ditames constitucionais, os direitos fundamentais individuais.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Editora Edipro, 2017.
- BRANCO, P. G. G. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravio Regimental em recurso Ordinário em Habeas Corpus 229558/PR**. Processual Penal e Constitucional. Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Tribunal do Júri. Quesito genérico. Absolvição. Clemêncio. Recorribilidade. Crime hediondo. Feminicídio. Insusceptibilidade de graça ou anistia. Submissão novo julgamento. Agravado: Marcelo Alves de Souza. Agravante: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Nunes Marques, 21 de novembro de 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&b

uscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=feminic%C3%ADdio,%202024&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 20 maio 2024.

CARPES, B. A. **O mito do encarceramento em massa**. 1. ed. Londrina, PR: Editora E.D.A., 2021.

CICCI, Luís Claudio. CNJ investigará soltura de dupla presa com 420 quilos de drogas no Mato grosso. **Agência CNJ de Notícias**, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-investigara-soltura-de-dupla-presa-com-420-quilos-de-drogas-no-mato-grosso/>. Acesso em: 20 maio 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil**. Sentencia de 7 de septiembre de 2021. Serie C No. 435. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 18 out. 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C No. 149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 20 maio 2024.

DOURADO, Isabela. Brasil lidera ranking de homicídios da ONU em 2023. **Jornal Correio Braziliense**, 2023. Disponível em: <https://www.correobraziliense.com.br/brasil/2023/12/6667484-onu-brasil-lidera-ranking-de-homicidios.html>. Acesso em: 31 mar. 2024.

ENASP. **Diagnóstico da investigação de homídios no Brasil 2012**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/244-relatorios/5989-enasp-diagnostico-da-investigacao-de-homicidios-no-brasil-2012>. Acesso em: 10 maio 2024.

FERRAJOLI, L. **Poderes selvagens : a crise da democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book.

FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo (org). **Garantismo penal: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2017.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, F. V. **As obrigações processuais penais positivas: segundo as cōrtes europeia e interamericana de direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2024.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 20. ed. Niterói: Editora Impetus Ltda., 2020.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

MITIDIERO, D.; SARLET, I. W.; MARINONI, L. G. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

PESSI, Diego; SOUZA, L. G. **Bandidolatria e democídio: ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil**. 4. ed. Campinas, SP: Vide Editoria, 2023.

PINHO, A. C. B. de; ALBUQUERQUE, F. S.; SALES, J. E. P. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des) necessários a certas “críticas” Made in Brazil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 17, n. 26, p. 155-186, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/15676>. Acesso em: 10 maio 2024.

PINHO, A. C. B. de. **Garantismo penal**: Ferrajoli por Ferrajoli colocando os pingos nos is. Disponível em: <https://factotumcultural.com.br/2020/08/01/garantismo-penal-ferrajoli-por-ferrajoli-colocando-os-pingos-nos-is/>. Acesso em: 4 jun. 2024.

SERRETTI, A. P. Teoria do garantismo penal e a constituição da república: um estudo sobre a legitimidade da tutela penal estatal. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 97, p. 228-257, jun./set. 2010. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/24/17>. Acesso em: 08 jun. 2024.

TAMBOSI, Orlando. A origem antidemocrática do garantismo penal. **Gazeta do Povo**, 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/a-origem-antidemocratica-do-garantismo-penal/>. Acesso em: 04 jun. 2024.

TEDH (HUDOC). Julgamento (mérito e justa satisfação). Casos de Hugh Jordan, McKerr, Kelly e outros, e Shanaghan Contra o Reino Unido [Tradução em espanhol]. Estado requerido: Reino Unido. Data do julgamento: 04 de maio. 2001. Estrasburgo: HUDOC, 2001a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-162331>. Acesso em: 20 out. 2024.