

# Crítica ao Garantismo Penal Hiperbólico Monocular

**Ana Paula Couto**

*Advogada. Professora de Direito Processual Penal na graduação e na pós-graduação da Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Direito Público e Direito Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestra em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá.*

**Marco Couto**

*Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá.*

Sumário: Resumo. Abstract. 1. Introdução. 2. O Garantismo Penal Idealizado por Luigi Ferrajoli. 3. O Garantismo Penal Integral. 4. O Garantismo Penal Hiperbólico Monocular. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** Este trabalho tem como objeto o garantismo penal. Pauta-se a investigação pelo seguinte problema: de que forma os operadores do Direito têm embasado as suas teses utilizando o garantismo penal idealizado por Luigi Ferrajoli? A fim de analisar essa questão, propõe-se comparar o chamado garantismo penal integral e o chamado garantismo penal hiperbólico monocular. A justificativa para este trabalho decorre do fato de a academia não poder ficar à margem do que acontece na realidade forense. A pesquisa pode contribuir para o avanço na compreensão sobre o papel

do garantismo penal. A metodologia de pesquisa utilizada consiste na análise dos dispositivos legais em vigor no Brasil e de textos doutrinários que abordam o garantismo penal. O objetivo do trabalho é demonstrar a forma como o garantismo penal é indevidamente invocado na prática forense. Os resultados da pesquisa indicam que parte da doutrina tem contribuído para esse desvio de ordem prática. A conclusão é no sentido de que, para embasar as suas teses no garantismo penal, os operadores do Direito devem ter maior compromisso com as ideias sustentadas por Luigi Ferrajoli.

**PALAVRAS-CHAVE:** Garantismo penal. Integral. Hiperbólico monocular.

**ABSTRACT:** This work has as its object the penal guarantees theory. The investigation is based on the following problem: how have legal practitioners based their thesis on the penal guarantees theory as devised by Luigi Ferrajoli? In order to analyze this question, a comparison between the so-called integral penal guarantees theory and the so-called hyperbolic monocular penal guarantees theory is proposed. The justification for this work stems from the fact that the academy cannot be kept apart from what happens in forensic reality. This research may contribute to advancing the understanding of the role of penal guarantees. The research methodology used consists of the analysis of legal provisions in force in Brazil and theoretical texts that address penal guarantees. The purpose of this paper is to demonstrate how penal guarantees are improperly invoked in forensic practice. The results of this research indicate that part of the doctrine has contributed to this practical deviation. The conclusion is that, in order to base their thesis on the penal guarantees theory, legal practitioners must have a greater commitment to the ideas supported by Luigi Ferrajoli.

**KEYWORDS:** Penal guarantees theory. Integral. Hyperbolic monocular.

## 1. INTRODUÇÃO

A realidade forense criminal tem demonstrado diariamente o “emprego” do chamado garantismo penal em situações bas-

tante diversas, levando-se a crer que todos os pedidos formulados pelas defesas podem ser embasados na mencionada teoria.

Em verdade, afirmar que o garantismo penal tem sido “empregado” no dia a dia forense consiste em verdadeira força de expressão. A rigor, o que se pode afirmar, sem qualquer chance de erro, é que expressiva quantidade de advogados e defensores públicos tem embasado as suas teses no garantismo penal que acreditam existir ou no garantismo penal que querem acreditar que exista, sem qualquer preocupação em seguir o que verdadeiramente foi idealizado por Luigi Ferrajoli.

Não são raros os casos em que pedidos inusitados são formulados com a afirmação de que devam ser deferidos em respeito ao garantismo penal, como se nunca se pudesse indeferir um pleito defensivo sem desrespeito à mencionada teoria.

Com a colaboração de parte da doutrina que, a título de examinar o garantismo penal, acaba por sustentar teses que nele não encontram fundamento, muitos advogados e defensores públicos ficam estimulados a formular seus pedidos levando em conta não propriamente o ensinamento de Luigi Ferrajoli, mas sim a visão bastante distorcida que alguns autores dele apresentam.

É nesse cenário que este artigo pretende desenvolver as suas ideias, buscando demonstrar que a contribuição do garantismo penal, tal como idealizado, é verdadeiramente importante para o Direito, não sendo necessário que se extrapolem os verdadeiros limites da mencionada teoria para empregá-la em situações incompatíveis com a mesma.

## 2. O GARANTISMO PENAL IDEALIZADO POR LUIGI FERRAJOLI

O doutrinador Luigi Ferrajoli<sup>1</sup> notabilizou-se pela teoria do garantismo penal por ele idealizada, sendo certo que a sua mais conhecida obra, qual seja, “Direito e razão: teoria do garantismo penal”, cuja qualidade técnica lhe garante um inegável prestígio,

---

<sup>1</sup> Luigi Ferrajoli nasceu em Florença, na Itália, em 6 de agosto de 1940, tendo atuado como juiz de 1967 a 1975. A partir de 1970, foi professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino, onde também foi diretor da “Facoltà di Giurisprudenza”. Desde 2003, leciona na Universidade de Roma Tre.

aprofunda a análise sobre questões penais e processuais penais com as quais os operadores do Direito diariamente se deparam.

Evidentemente, a extensão deste artigo não permite uma análise mais densa da teoria mencionada, mas é importante ressaltar alguns princípios nos quais a mesma se embasa, a fim de que se possa, oportunamente, interpretar questões cotidianas que merecem reflexão neste momento.

Nesse aspecto, cabe registrar os seguintes princípios expressamente mencionados pelo autor como base de sua teoria: (1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito, (2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito, (3) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal, (4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento, (5) princípio da materialidade ou da exteriorização da ação, (6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal, (7) princípio da jurisdicionariedade, no sentido lato ou no sentido estrito, (8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, (9) princípio do ônus da prova ou da verificação e (10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade<sup>2</sup>.

Expostos os dez princípios mencionados, é importante destacar alguns pontos que serão úteis na compreensão da teoria garantista como um todo, impedindo que sejam feitas análises radicalmente favoráveis aos indiciados ou aos acusados que, em verdade, não têm respaldo nas ideias de Luigi Ferrajoli.

Um primeiro ponto a ser destacado trata do reconhecimento feito pelo autor da necessidade do Direito Penal, tanto que destacado o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito. Portanto, não se pode incluí-lo entre aqueles que sustentam o abolicionismo penal, ou seja, não se pode qualificá-lo como abolicionista<sup>3</sup>.

---

2 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

3 O termo abolicionista é aqui empregado fazendo referência às doutrinas que acusam o Direito Penal de ilegítimo, seja porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, seja porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos de controle social de tipo informal.

É bem verdade que o radicalismo dos abolicionistas não chega a contaminar, de forma significativa, os operadores do Direito, sendo certo que, neste ponto específico, se reconhece, de uma forma geral, a imprescindibilidade do Direito Penal, sobretudo para punir práticas criminosas mais graves, girando a discussão propriamente sobre o grau da pena a ser aplicada e sua forma de aplicação, e não sobre a sua necessidade.

Um segundo ponto a ser destacado refere-se à adoção do chamado princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal, o qual importa o reconhecimento da imprescindibilidade da resposta penal nos casos para os quais não se verifique alguma alternativa razoável.

Veja-se que há coerência na adoção dos dois princípios mencionados, na medida em que se reconhece a importância do Direito Penal, afastando-se os argumentos abolicionistas, mas é ressaltado o seu *status* de *ultima ratio*.

Um terceiro ponto a ser destacado relaciona-se ao princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, sendo importante tal aspecto especialmente para que se resguarde a imparcialidade do julgador.

O desafio passa não apenas pela separação formal na atuação desses dois importantes operadores do Direito – juiz e acusador –, mas, sobretudo, pela equidistância que o julgador deve guardar de ambas as partes, sem a qual dificilmente será possível esperar um julgamento verdadeiramente justo.

Um quarto ponto a ser destacado refere-se ao princípio do ônus da prova ou da verificação, segundo o qual se chega à conclusão lógica no sentido de que cabe à acusação comprovar a culpa do acusado, descabendo ao acusado comprovar a sua inocência.

Isso é facilmente constatado quando se recorda que o princípio da inocência<sup>4</sup>, previsto em sede constitucional, apenas confere ao acusado o *status* de culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão condenatório.

---

4 Art. 5, LVII, da Constituição Federal: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Diante de tais princípios, que não revelam qualquer radicalismo de Luigi Ferrajoli, é importante verificar a análise que se tem feito por parte daqueles que aderem ao chamado garantismo penal integral, sendo certo que, posteriormente, será fundamental examinar situações nas quais fica clara a opção de alguns operadores do Direito pelo chamado garantismo penal hiperbólico monocular.

### 3. O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

Logo de início, convém definir o chamado garantismo penal integral como sendo a aplicação da teoria do garantismo penal idealizada por Luigi Ferrajoli, com a rigorosa observância dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também com a observância dos deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos).

Veja-se que os mencionados direitos e deveres fundamentais têm sede constitucional, nada justificando que se apliquem os direitos com toda a força e que se esqueçam os deveres, como se os mesmos não tivessem a mesma previsão.

Em artigo que examina cuidadosamente o garantismo penal, Douglas Fischer, de forma acertada, destaca a necessidade de serem objeto de preocupação pelos operadores do Direito as duas óticas referidas, nos seguintes termos.

Em síntese, do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados.<sup>5</sup>

Saliente-se que nada justifica o embasamento de teses flagrantemente descabidas a título de observância da teoria do garantismo penal, sendo certo que, muito ao contrário, o que encontra amparo na mencionada teoria é justamente a adoção de razoáveis pontos de vista, e não um radicalismo injustificado.

Curiosamente, muitos advogados e defensores públicos sustentam com veemência a necessidade de serem conferidas as

---

<sup>5</sup> FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 48.

mesmas condições de atuação para a acusação e para a defesa, no que efetivamente têm razão.

Não faz qualquer sentido se prestigiar a acusação em excesso, tratando as pretensões defensivas com má vontade, como se não fosse dever do juiz que preside o processo se manter equidistante de ambas as partes.

Veja-se que, sob o ponto de vista formal, em regra, o legislador confere tratamento igualitário à acusação e à defesa, não se podendo acusá-lo de privilegiar qualquer das partes no tratamento legislativo.

Prova isso, por exemplo, é o fato de os prazos recursais serem idênticos para a acusação e para a defesa, não se verificando qualquer descompasso no tratamento igualitário que as partes merecem ter no processo.

Aliás, é sabido que o defensor público tem prazo em dobro, conforme previsto no art. 5, § 5, da Lei 1060/50<sup>6</sup>, em redação dada pela Lei 7871/89, e nos artigos 44, I, 89, I, e 128, I, da Lei Complementar 80/94.<sup>7 8 9</sup>

Mas há motivos bastante razoáveis para que se confira esse tratamento desigual, não se podendo desconhecer as condições em que atua o defensor público e a dificuldade que o mesmo enfrenta, não obstante o seu preparo técnico, diante da avassaladora quantidade de processos que são submetidos à sua análise.

Portanto, o ponto que interessa neste momento se refere, em verdade, ao desejo apresentado por muitos advogados e defensores públicos no sentido de que prevaleçam, a qualquer

6 Art. 5, § 5, da Lei 1060/50: Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

7 Art. 44 da Lei Complementar 80/94: São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

8 Art. 89 da Lei Complementar 80/94: São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

9 Art. 128 da Lei Complementar 80/94: São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

custo, os interesses de seu cliente ou assistido, praticamente sustentando que as regras processuais apenas devem servir para favorecê-lo, e nunca para prejudicá-lo.

Ainda com relação à questão dos prazos processuais que, corretamente, o legislador previu de forma igualitária para a acusação e a defesa, a prática forense tem revelado uma questão simples e, ao mesmo tempo, interessante.

Como é de conhecimento geral, o legislador previu momentos específicos para a acusação e a defesa indicarem as testemunhas que pretendem ouvir em juízo, oportunizando a produção de provas orais para ambas as partes.

Dessa maneira, o art. 41, *caput*, do CPP<sup>10</sup>, afirma que o *Parquet*, no momento do oferecimento da denúncia, deve indicar as suas testemunhas, enquanto o art. 396-A, *caput*, do CPP<sup>11</sup>, afirma que a defesa deve indicar as suas testemunhas por oportunidade da apresentação da sua resposta preliminar.

O legislador não podia ter sido mais claro em tais dispositivos, mas, ainda assim, muitos advogados e defensores públicos insistem em não indicar as suas testemunhas, “protestando pela produção de prova oral”, ou mesmo indicando testemunhas sabidamente fictícias, algumas com nomes de artistas e de pessoas famosas, fazendo-se uma verdadeira brincadeira no processo criminal.

Posteriormente, dias antes das audiências de instrução e julgamento ou mesmo no momento das aludidas audiências, os advogados e os defensores públicos qualificam as suas verdadeiras testemunhas, inclusive, em muitas oportunidades, trazendo-as para depor em juízo sem qualquer comunicação prévia no processo.

Rigorosamente, devem ser indeferidas tais oitivas porque foi superado o momento processual adequado para a vinda aos autos das qualificações das testemunhas, o que causa perplexidade e até mesmo indignação por parte dos advogados e defensores públicos.

---

10 Art. 41 do CPP: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

11 Art. 396-A do CPP: Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.



É claro que o art. 209, *caput*, do CPP<sup>12</sup>, permite a oitiva da chamada testemunha de juízo, mas, para tanto, é necessário que o julgador reconheça a necessidade de sua oitiva, não constituindo direito da defesa a oitiva de testemunha que não foi devidamente qualificada no momento da apresentação da resposta preliminar.

Entender que a ampla defesa, garantida pelo texto constitucional<sup>13</sup>, autoriza o desrespeito aos momentos processuais fixados pelo legislador de maneira inequívoca, em verdade, constitui um indesculpável desvio de perspectiva, sendo certo que, a rigor, a acusação e também a defesa devem estar atentas ao que dispõe o legislador.

Um outro ponto que se mostra interessante é a preservação dos direitos que a vítima possui, a qual deve ser respeitada e tratada dignamente durante todos os atos processuais, mormente naqueles em que a sua presença é necessária.

É sabido que o art. 217, *caput*, do CPP<sup>14</sup>, busca garantir um mínimo de tranquilidade para a vítima no momento de seu depoimento em juízo, razão pela qual, em casos excepcionais, o réu deverá ser retirado da sala de audiências durante a sua oitiva.

Veja-se que o legislador foi cuidadoso a ponto de afirmar que o réu apenas não assistirá ao depoimento da vítima se a sua presença causar humilhação, temor ou sério constrangimento, o que significa dizer que, em regra, o acusado presenciará a oitiva.

Também de forma cuidadosa, o legislador previu, em tais casos, a participação do acusado através de videoconferência, sendo certo que ele apenas não assistirá ao depoimento da vítima quando também essa alternativa se mostrar inviável.

Ainda assim, aqueles que radicalizam indevidamente a utilização do garantismo penal sustentam que a ampla defesa garante ao réu permanecer na sala de audiências durante todas

---

12 Art. 209 do CPP: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

13 Art. 5, LV, da Constituição Federal: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

14 Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

as oitivas a serem realizadas, sem qualquer exceção, esquecendo-se que, a exemplo do réu, também a vítima é titular de direitos.

Também com relação à vítima, o art. 201, § 2, do CPP<sup>15</sup>, prevê o seu direito de ser informada quanto ao ingresso e saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

Há uma evidente preocupação do legislador com a vítima, sendo certo que se busca preservá-la de novas investidas do réu, ao mesmo tempo em que se pretende mantê-la informada sobre o andamento do processo, já que, naturalmente, a repercussão processual é de seu interesse.

Nessa medida, é preciso compreender que o chamado garantismo penal integral impõe o reconhecimento dos direitos previstos na legislação em vigor que não se referem exclusivamente ao indiciado no inquérito policial ou ao acusado no processo criminal, uma vez que também outros atores – em especial, a vítima – têm direitos a serem reconhecidos no contexto processual.

Feitas essas observações, é fundamental examinar o radicalismo que existe no ponto de vista de alguns operadores do Direito, no momento em que adotam a teoria do garantismo penal, o que, verdadeiramente, lhes confere uma visão distorcida de uma teoria tão importante no mundo jurídico.

#### 4. O GARANTISMO PENAL HIPERBÓLICO MONOCULAR

O título deste artigo, agora tratado mais especificamente, decorre de uma expressão bastante precisa adotada por Douglas Fischer, a qual melhor fica explicitada nas palavras do mencionado autor.

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 isola-

---

15 Art. 201, § 2, do CPP: O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

da (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.<sup>16</sup>

O autor não podia ter sido mais preciso, uma vez que há, por parte de muitos operadores do Direito, um exagero dirigido, maximizando-se 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.

Há sempre questões de ordem prática que bem demonstram tal exagero dirigido, sendo interessante transcrever a ementa de um acórdão, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, inserido no livro intitulado *Garantismo Penal Aplicado*, escrito por Amilton Bueno de Carvalho<sup>17</sup>.

Roubo majorado. Agravante do art. 61, inciso II, alíneas *c* e *h*. Afastamento. Palavra da vítima. Especial valor.

A palavra da vítima, em delitos da espécie, onde tudo ocorre às escondidas, assume especial valor, máxime quando não provado interesse espúrio na condenação.

A agravante de cometer crime “contra velho” não é verificável tão só por critério cronológico, mas pelas condições pessoais do ofendido.

A agravante da “surpresa” não se aplica aos delitos de roubo porque ínsita à conduta do próprio crime – “violência”.

À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo para reduzir a pena imposta.<sup>18</sup>

O ponto específico que se pretende abordar nesse julgado diz respeito à exclusão da circunstância agravante decorrente da

<sup>16</sup> FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 48.

<sup>17</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 5.

<sup>18</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70005419502, julgada em 18 dez. 2002.

condição de velho da vítima, especialmente porque, no caso concreto, a defesa, ao apelar, sequer sustentou tal tese, a qual foi reconhecida de ofício pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No caso concreto, a vítima tinha 74 anos de idade, razão pela qual a sentença de primeiro grau, no momento da fixação da pena, reconheceu a incidência da circunstância agravante prevista no art. 61, II, *h*, do Código Penal<sup>19</sup>.

À época dos fatos, o mencionado dispositivo impunha o acréscimo da pena quando a vítima tivesse o *status* de “velho”, sendo certo que, posteriormente, por força da Lei 10741/03, a sua redação foi alterada para determinar o acréscimo da pena nos casos em que a vítima tenha mais de sessenta anos de idade.

Entretanto, o acórdão aludido afirma que a velhice não é critério cronológico, para concluir que o fato de a vítima ter 74 anos de idade não lhe confere, necessariamente, o *status* de velho, de forma que, para a incidência da mencionada circunstância agravante, seria necessário comprovar a fragilidade da vítima decorrente do seu tempo de vida, o que não ocorreu no caso concreto.

Em outras palavras, adotando um critério não previsto pelo legislador, o acórdão tratou de aliviar a resposta penal que lhe foi imposta na sentença, sendo difícil acreditar que algum julgado ficaria imune de crítica se adotasse o mesmo radicalismo contrário aos interesses da defesa.

Outro interessante exemplo prático do radicalismo que orienta a atuação de alguns operadores do Direito em favor dos acusados pode ser igualmente colhido na referida obra escrita por Amilton Bueno de Carvalho<sup>20</sup>, sendo certo que o julgamento também advém do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

A questão relaciona-se à incidência da circunstância agravante prevista no art. 61, II, *e*, do Código Penal, sendo a ementa do respectivo acórdão esclarecedora do entendimento adotado, valendo a sua transcrição.

<sup>19</sup> Art. 61 do Código Penal: São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida.

<sup>20</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. Garantismo penal aplicado. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 33.

Penal. Roubo majorado. Circunstância agravante. Crime cometido contra irmã. Controle de constitucionalidade. Agressão aos princípios da igualdade, secularização e racionalidade. Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do artigo 61, inciso II, “e”, do Código Penal. O patrimônio e a integridade da irmã do denunciado, enquanto bens jurídicos, merecem a mesma proteção que é alcançada a qualquer do povo, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade.

Se a condição parental não facilitou a consumação do crime, tampouco revestiu descumprimento de dever jurídico assistencial ou causou dano psicológico à vítima, não há razão alguma para o acréscimo de pena, pois a valoração de circunstância que em nada altera o juízo de reprovação agride o princípio da racionalidade.

A exasperação da pena, calcada tão somente no descumprimento de um dever moral de fidelidade de um irmão para com o outro, agride o princípio constitucional da secularização.

Compete ao julgador fiscalizar a constitucionalidade da lei, suprimindo, dentre seus sentidos possíveis, aqueles incompatíveis com os preceitos constitucionais, utilizando-se da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (lição do Prof. Lênio Luiz Streck).

À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo.<sup>21</sup>

O que se verifica também nesse caso concreto é a opção exagerada em prol da defesa, criando-se um mecanismo para afastar a opção claramente feita pelo legislador sem qualquer mácula à Constituição Federal.

Veja-se que o art. 61, II, *e*, do CP<sup>22</sup>, prevê, expressamente e de maneira razoável, a majoração da pena quando se trata de crime praticado contra irmão, o que exatamente ocorreu no caso

<sup>21</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70004388724, julgada em 26 jun. 2002.

<sup>22</sup> Art. 61 do Código Penal: São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.

agora em destaque, sendo certo que apenas um esforço muito grande do aplicador da lei e uma certa criatividade podem ser capazes de afastar a aplicação da mencionada norma.

Verdadeiramente, ainda que a chamada inconstitucionalidade parcial sem redução de texto seja sustentada por alguns autores<sup>23 24</sup>, o acórdão em exame utilizou-se de tal técnica para, de forma exagerada, aliviar a situação do condenado.

Para encerrar este tópico, é importante enfatizar um exemplo ainda mais gritante de opção do aplicador do Direito pelo chamado garantismo penal hiperbólico monocular, constante na já mencionada obra de Amilton Bueno de Carvalho<sup>25</sup>, radicalizando-se, de forma muito clara, o propósito de suavizar a situação do acusado.

O caso trata de uma tentativa de roubo praticada por duas pessoas, tendo ocorrido o desmembramento dos autos, sendo certo que, por oportunidade do julgamento de um dos envolvidos, a juíza de primeiro grau condenou o acusado por tentativa de roubo simples, excluindo a causa de aumento de pena decorrente do concurso de agentes<sup>26</sup>.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, tendo a segunda instância confirmado a sentença, merecendo destaque a ementa do acórdão confirmatório, que teve o seguinte teor.

Roubo. Concurso. Corrupção de menores. Culpabilidade.

Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica dos agentes, não se sustenta a majorante do concurso, sob pena de “bis in idem”.

Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (Lei

---

23 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 477-478.

24 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 264.

25 CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 75.

26 Art. 157 do Código Penal: Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. § 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas.

2252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o conseqüente (efetiva corrupção pela prática do delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial.

O princípio da coculpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão – réu.

Recurso improvido, com louvor à juíza sentenciante.<sup>27</sup>

O que se percebe com grande nitidez no caso em destaque é uma certa miopia do aplicador da lei, uma vez que em nenhum momento o legislador pretendeu permitir tal interpretação, a qual só tem lugar se, verdadeiramente, o propósito for beneficiar, a qualquer custo, o acusado, aliviando a resposta penal que lhe seja conferida.

São esses julgados, que trouxemos para exemplificar a questão, e muitos outros que evidenciam a equivocada invocação da teoria do garantismo penal, idealizada por Luigi Ferrajoli e tantas vezes aplicada sob um ponto de vista que nega a sua origem.

## 5. CONCLUSÃO

A título de conclusão, é importante registrar que a teoria do garantismo penal é adotada de maneira tão distinta pelos operadores do Direito que a sustentam que o analista mais desatento corre o risco de concluir que existe mais de uma teoria.

Isso porque os princípios já externados neste estudo que embasam verdadeiramente a teoria idealizada por Luigi Ferrajoli não permitem a sua aplicação radical, servindo, muito ao contrário, para embasar uma razoável aplicação da mesma.

Apenas para lembrar de três dos dez princípios já referidos neste estudo, é preciso registrar que ninguém pode negar a importância, por exemplo, do princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, do princípio do ônus da prova ou da verificação ou do princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

<sup>27</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70002250371, julgada em 21 mar. 2001.

A exemplo dos demais princípios, esses três acima destacados viabilizam um processo criminal que atende aos interesses das partes e permitem a prolação do julgamento da maneira mais justa possível.

Nada justifica que se radicalize a teoria para adotá-la como base para qualquer tipo de pedido a ser formulado pelos advogados e defensores públicos, como se também aos indiciados no inquérito policial ou aos réus no processo criminal propriamente dito não pudessem ser impostas regras a serem obedecidas.

Não são todos os pedidos defensivos que devem ser acolhidos, sendo absolutamente indevida a ideia no sentido de que o garantismo penal possa ser utilizado como fundamento para qualquer pedido a ser feito em prol dos indiciados ou dos acusados.

É importante registrar que existem outras pessoas envolvidas no processo criminal, cujos direitos devem ser igualmente reconhecidos e respeitados, como as testemunhas e as vítimas, por exemplo.

Em sua obra “Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis”, Rubens Casara faz uma espécie de desabafo com relação ao qual não concordamos, mas que merece transcrição diante da seriedade com a qual o mencionado autor enfrenta o tema.

Percebe-se, pois, que só será possível reconstruir o Estado Democrático de Direito se os membros das agências estatais, em especial do Poder Judiciário, forem dotados da coragem necessária para fazer cumprir o projeto constitucional. Coragem que falta sempre que as decisões judiciais se distanciam das normas constitucionais para atender às maiorias de ocasião ou se submeter aos interesses dos grandes grupos econômicos e daqueles que detêm o poder político. Sem coragem para fazer valer as “regras do jogo”, não há Estado Democrático de Direito, e sim mero simulacro, aquilo que se está a chamar de Estado pós-democrático.<sup>28</sup>

28 CASARA, Rubens. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2017, p. 221.



Temos o maior respeito pela trajetória profissional e acadêmica de Rubens Casara, mas divergimos no ponto em que afirma que a coragem é necessária para a observância do que nomina como projeto constitucional.

É certo que se pode apontar falhas do sistema de justiça brasileiro, o que, aliás, pode ser feito também com relação ao que ocorre em muitos outros países, mas é preciso compreender que o reconhecimento do chamado projeto constitucional há de ser feito por todos os operadores do Direito, seja para reconhecer e respeitar direitos dos indiciados nos inquéritos policiais ou dos acusados nos processos criminais propriamente ditos, seja para reconhecer e respeitar direitos de outros envolvidos no contexto processual.

Ocorre que o reconhecimento e o respeito de direitos de outros envolvidos no contexto processual pode, eventualmente, gerar prejuízo aos indiciados no inquérito policial ou aos acusados no processo criminal, tudo em observância às chamadas regras do jogo.

O jogo processual, verdadeiramente, deve ser jogado com a observância das regras que lhe são pertinentes, seja para favorecer os indiciados nos inquéritos policiais e os réus nos processos criminais, seja para prejudicá-los, sendo absolutamente indevida a adoção do garantismo penal hiperbólico monocular.

Afinal, não existe jogo cujas regras sempre favoreçam apenas um dos jogadores. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo; FISCHER, Douglas (Coord.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.