

LUIS HENRIQUE MIRANDA BORGES

**A SUPOSTA FALÁCIA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL  
QUANDO EM COTEJO COM A GUANTANAMIZAÇÃO DO  
PROCESSO PENAL**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2022

LUIS HENRIQUE MIRANDA BORGES

**A SUPOSTA FALÁCIA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL  
QUANDO EM COTEJO COM A GUANTANAMIZAÇÃO DO  
PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação sob a orientação da Prof. M.e Karla de Souza Oliveira.

ANÁPOLIS – 2022

LUIS HENRIQUE MIRANDA BORGES

**A SUPOSTA FALÁCIA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL QUANDO  
EM COTEJO COM A GUANTANAMIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**

Anápolis, \_\_\_ de junho de 2023.

Banca Examinadora

---

---

## RESUMO

O presente trabalho, com esteio em prescrições jurídico-normativas, e, sobretudo, doutrinárias, tanto a nível nacional, quanto no âmbito internacional, visa apresentar uma visão crítica quanto não à hodierna bifurcação imanente ao Garantismo Penal, mas sim ao modelo de Garantismo Penal Monocular Hiperbólico, nas lições de Douglas Fischer. O método adotado é a pesquisa e compilação de conteúdo bibliográfico, que consiste na exposição do pensamento de doutrinadores a respeito do tema proposto. Está dividida didaticamente em três capítulos. O capítulo I trata do contexto histórico que fundamenta o modelo supra de política criminal. No âmbito do capítulo II, vetores históricos também restam colmatados, sem prejuízo, não obstante, de uma distinção para com a gênese do próprio movimento, vez que doravante se passa a tratar do mero ideário atinente à bifurcação propugnada. Por derradeiro, não se olvida da possibilidade de se abrir uma espécie de válvula de escape quando diante do modelo de Fischer, mormente com esteio no fenômeno da “Guantanamoização do processo penal” conhecida quando do caso Tibi VS Equador.

**Palavras chave:** Garantismo, Guantanamoização, Processo Penal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>CAPÍTULO I – DO GARANTISMO PENAL MONOCULAR HIPERBÓLICO</b> .....	03
1.1 Historicidade.....	03
1.2 Fundamentos Filosóficos.....	07
1.3 Perniciosidades Inerentes.....	10
<b>CAPÍTULO II – FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO GARANTISMO</b> .....	13
2.1 Jurisprudências do Garantismo Penal.....	13
2.2 A Figura da Vítima no Garantismo.....	17
<b>CAPÍTULO III – A GUANTANAMIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL</b> .....	22
3.1 O Fenômeno da Guantanamização.....	22
3.2 Laxismo Penal.....	25
3.3 A Distinção entre Regras e Princípios.....	29
<b>CONCLUSÃO</b> .....	32
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	34

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, com esteio em prescrições jurídico-normativas, e, sobretudo, doutrinárias, tanto a nível nacional, quanto no âmbito internacional, visa apresentar uma visão crítica quanto não à hodierna bifurcação imanente ao Garantismo Penal, mas sim ao modelo de Garantismo Penal Monocular Hiperbólico, nas lições de Douglas Fischer.

Neste matiz, o capítulo I trata do contexto histórico que fundamenta o modelo supra de política criminal. Na espécie, são apresentados os contornos político-sociais que deram azo à estatuição do vetor garantista, sem prejuízo do cotejo dos fundamentos históricos pertinentes. Afinal, de suma importância mostra-se a análise da gênese do instituto, para que, em caráter subsequente, possa-se chegar ao novel modelo, repise-se, bifurcado, atinente ao Garantismo. Não se olvida, contudo, das iminentes perniciosidades oriundas da sistematização ventilada alhures. Perceba, com a eclosão de uma gama de fundamentos deletérios com relação aos interesses dos ocupantes do polo passivo de direito processual, estatui-se um modelo de salvaguarda que acaba por suplantar os lindes da razoabilidade. Hipertrofiara-se o campo de tutela, de molde a se lançar as vítimas, inarredavelmente, contra a parede.

No âmbito do capítulo II, vetores históricos também restam colmatados, sem prejuízo, não obstante, de uma distinção para com a gênese do próprio movimento, vez que doravante se passa a tratar do mero ideário atinente à bifurcação propugnada. No que aflige aos fundamentos, em caráter indelével, tem-se toda a base fática que culminara no regime sub examine, vez que antes da

normatização, em qualquer ramo, exige-se prévia fundamentação fática, de molde a se exigir tal ou qual comportamento por parte do legislador positivo. A despeito de se encampar transmutações quando diante do contexto fático que ora se presenciava, em momento algum se agasalha hipertrofia, seja positiva, seja negativa, quando diante do Garantismo. Nesta senda, pugna-se pela razoabilidade, e, sobretudo, manutenção de um regime mesclado, onde nem se avança demais, nem se regride demasiadamente.

Por derradeiro, não se olvida da possibilidade de se abrir uma espécie de válvula de escape quando diante do modelo de Fischer, mormente com esteio no fenômeno da “Guantanamoização do processo penal” conhecida quando do caso Tibi VS Equador. Não obstante, também se coteja o manifesto laxismo da sistemática de Ferrajoli, de molde a se efusivamente saudar um modelo, reiterar-se, mesclado, com esteio, acrescentar-se, no regime de ponderação de valores, de Ronald Dworkin, diante de conflitos de cunho principiológica. Só assim, a nível ululante, chegar-se-á a um modelo de progresso, sem reverberação no próprio mito de Cícifo, de Cançado Trindade.

## CAPÍTULO I – DO GARANTISMO PENAL MONOCULAR HIPERBÓLICO

Esse capítulo aborda o Garantismo Penal Monocular Hiperbólico frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente perpassa acerca da historicidade, bem como os fundamentos filosóficos e, por fim, as perniciosidades inerentes.

### 1.1 Historicidade

No que aflige à historicidade do garantismo penal, há de se ter em mente que, nos primórdios, inúmeros eram os eventos deletérios quando em cotejo com os ocupantes do polo passivo de direito processual. Afinal, não se aquiescia com balizas laxistas, de molde a se encampar rigorismo quando do engendramento de postulados jurídicos penais.

Verbi gratia, tinha-se o modelo de vingança privada, vingança divina, vingança pública, leis de Moisés, direito hebreu, direito penal do autor, direito penal do inimigo, bem como o famigerado fenômeno do *Perp Walk*. No âmago da vingança divina, faz-se remissão às sociedades totêmicas, que se fulcravam, por seu turno, nos Totens, tidos como Deuses (SANCHES, 2018).

Nesta senda, em caso de farpeamento aos interesses de cunho jurídico-criminal em terra, os humanos deveriam impingir tratamento incisivo e gravoso perante os sujeitos que ora se prostravam, como métrica para fins de se evitar represália oriunda dos Totens. Neste diapasão, fulcros fenomênicos faziam-se uma vez mais presentes em sede criminal.

Assim o sendo, inarredavelmente, tem-se balizas gravosas e não humanitárias no que toca ao engendramento de sanções penais. Avançando, com o rompimento dos ideários do modelo de vingança divina, eclode o sistema de vingança privada, no sentido de se fazer com que os próprios envolvidos no conflito pretérito atuem em caráter contrário às danosidades até então provocadas (SANCHES, 2018).

Neste diapasão, há de se perceber que a própria vítima, ou seus familiares, em caso de *eventus mortis*, visavam resolver o conflito, não raras vezes também mediante técnicas gravosas e despidas de fundamentação técnico-jurídica idônea. Perceba, em apertada síntese, que apesar da relação para com o modelo de justiça restaurativa, nenhuma confusão há de se fazer presente (SANCHES, 2018).

Haja vista o não arrimo na base humanista hodierna, calcada nas Conferencias de Paris (1919), Viena (1993) e Teerã (1943), exigiu-se também uma transmutação de cunho sistemático. Por derradeiro, sob a égide dos regimes de vingança, fala-se em vingança pública, em célebre hipótese perante a qual o Estado puxa para si a responsabilidade de atuação em matéria criminal. Apesar do avanço, retirando as partes do conflito, ainda que em caráter meramente parcimonial, remanesce o sistema de responsabilidade criminal objetiva, presente, *verbi gratia*, no bojo do Código de Hammurabi, fulcrado na Lei de Talião (SANCHES, 2018).

Por via de consequência, a perniciosidade ainda remanesce. No que aflige, por seu turno, às Leis de Moisés, o fito, via exegese teleológica, propugnada por Lhering, é se avançar sob o enfoque humanitário, fazendo com que as penas capitais restem impingidas não apenas em circunstâncias excepcionais, mas em hipótese alguma (SANCHES, 2018).

Noutro flanco, o direito hebreu atuara no sentido de se excepcionar o regime de incidência das penas capitais, apesar de, até o quarto grau, remanescer o campo de aplicação das sanções perante familiares do agressor. Uma vez mais, o primado da pessoalidade das reprimendas resta farpeado, em latente dissonância quando em cotejo com o pós-positivismo (SANCHES, 2018).

Doravante, no que pertine ao direito penal do Inimigo, o mesmo acena para as obras de Gunther Jakobs (2003), autor de elevado renome no âmbito alemão, apesar de seus escólios ostentarem gravosidade imanente, também destoando do regime protetivo. Emergindo no Século XX, o fito era de fazer com que os sujeitos que não praticavam delitos fossem considerados efetivos cidadãos, ao passo que os demais, ou seja, criminosos, fossem visualizados como meros inimigos da sociedade, haja vista o pragmático farpeamento ao contrato social de Jean Jacques Rousseau (SANCHES, 2018)

Nesta senda, aquiescer-se-ia com balizas como a de direito penal do fato, sanções incisivas e desarrazoadas, que o valha. O Direito penal do autor, por seu turno, atua em sentido diametralmente oposto ao quanto propugnado pelo Direito penal do fato, que, assim, esteia-se nas efetivas práticas oriundas do criminoso, e não em meras características, sejam elas genotípicas ou fenotípicas, do mesmo. (FRIGGI, 2019)

Neste ínterim, não nos interessa perquirir o que restara perpetrado, mas apenas quais as características do espectro subjetivo correlato. Por derradeiro, o instituto do Perp Walk, consoante escólio de Marco Torrano, fulcra-se em cenários norte-americanos, arrimados em hipóteses perante as quais os criminosos eram expostos pela polícia, em caráter não voluntário, perante a mídia, permitindo-se achincalhamentos, gravações, e métricas correlatas.

A partir do momento em que assim de fato o é, rompe-se para com o quanto prescrito em nível de Lei 7210/1984, quando, no matiz do rol *numerus apertus* de direitos do acusado. Ventila-se a não submissão a qualquer espécie de sensacionalismo, o que faz com que, em última análise, não haja nenhuma reverberação moral por parte da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Neste matiz, há de se perceber que um famigerado conglomerado fazia-se presente diante dos réus, o que os lançava contra a parede. Uma vez tendo-se em mente o sistema propugnado alhures, eclode com roupagem imperiosa a transmutação do sistema. É neste contexto que aflora o Garantismo Penal. O instituto há de ser creditado perante Luigi Ferrajoli, no sentido de se prescrever

métricas abrangentes e razoáveis de salvaguarda por parte dos interesses dos criminosos correlatos. Ou seja, se antes havia toda uma sistemática tendente a atacar os interesses dos réus, doravante, o fim é, em realidade, estatuir um campo fértil de tutela, com latente humanismo e serenidade. (FERRAJOLI, 2002)

Neste interstício histórico, nenhuma vicissitude há mesmo de restar visualizada, mormente com supedâneo no fato de que, os fenômenos deletérios já exaustivamente trabalhados deram azo aos escólios de Ferrajoli (2002). Não obstante, com a superveniência da sociedade de massas, e seus perniciosos fenômenos da macrolide, lide encubada e segunda onda renovatória de acesso à justiça, passa-se de um vetor idôneo para um inexoravelmente inidôneo.

Consoante escólio de Douglas Fischer, não se pode aquilatar apenas os interesses de um dos polos da relação jurídico-processual (FISCHER, 2009). Por seu turno, Rogério Sanches Cunha, coligindo a inclusão ou não do tipo de extorsão qualificada pela restrição à liberdade do ofendido, antes das alterações perante a Lei 8072/90, sob o manto dos crimes hediondos e equiparados, assevera que não se pode enxergar apenas a árvore, exigindo-se, em verdade, uma apreciação mais abrangente e dinâmica, no que aflige a toda a floresta que circunda a árvore suprarreferida (CUNHA, 2018).

Não obstante, apesar dos intentos Doutrinários no sentido de se romper para com balizas monoculares inerentes ao Garantismo de Ferrajoli, há quem ainda assim endosse seus consectários, como eis o caso de Gabriel Habib, segundo o qual nenhuma irregularidade há de restar cotejada sob a égide do fenômeno, sendo que, aliás, quem prescreve medidas em sentido contrário, nada entenderia sobre o real Garantismo (HABIB, 2015).

De qualquer forma, Douglas Fischer (2009) ventila que o instituto garantista passa a ostentar duas ramificações basilares, uma representada pelo Garantismo Penal Monocular Hiperbólico, de Ferrajoli, e uma outra imanente ao Garantismo Penal Integral, de Fischer. Retromencionada bifurcação será, doravante, minuciosamente explanada.

## 1.2. Fundamentos Filosóficos

No que concerne aos fundamentos passíveis de menção perante o instituto do Garantismo, há de se rememorar a bifurcada relação, consoante Douglas Fischer (2009). O Monocular Hiperbólico fulcra-se em métricas perante as quais tem-se indelével quadro de desrespeito a direitos e garantias jusfundamentais, fazendo aflorar campos férteis de salvaguarda aos interesses dos criminosos.

Afinal, como pode-se aquiescer com o instituto do Direito Penal do Autor? Como pode-se ratificar o Direito Penal do Inimigo? Como pode-se acatar os modelos de vingança, seja com esteio na vingança divina, privada ou pública? A resposta imediata às indagações, sob o viés dos escólios de Luigi, reside na não aceitação, mas sim extirpação de ditames discriminatórios e desarrazoados, que em momento algum almejam ressocialização ou retorno ao status quo ante, mas apenas punição dos que ora incorreram em tipos de cunho criminal (FERRAJOLI, 2002).

Apesar dos méritos de vetores doutrinários nesse sentido, não há como se olhar apenas para um dos lados. Se, invariavelmente, os interesses dos réus não de ser salvaguardados, de outro, os das vítimas também não de o ser. Não se pode simplesmente esquecer de quem quer que seja quando diante de políticas que, em realidade, não de esteiar-se num conagraçamento social. A partir do momento em que assim o é, não se ratifica os postulados sub examine (SANCHES, 2018).

Noutro flanco, o garantismo penal integral de Douglas Fischer (2009) ostenta alicerce, *verbi gratia*, na terceira via, de Claus Roxin (1964); na Espiritualização penal, do mesmo autor; nos desdobramentos vitimológicos, de Benjamim Mendelsohn (1056); bem como na privatização do direito penal, de Rogério Greco (2004).

A Terceira Via, de Roxin, preza pelo retorno ao status quo ante das vítimas pertinentes, fazendo-se com que efetivamente haja uma reparação dos danos até então provocados. Inclusive, não eis mera forma de se facilitar o preenchimento dos fins da reprimenda, mas um novo fim das reprimendas, qual

seja, retornar o status anterior, ao menos sob o enfoque econômico-patrimonial, da vítima (SANCHES, 2018).

Noutra banda, a Espiritualização Penal, ou liquefação penal, de Roxin, preza por uma salvaguarda dos bens jurídicos correlatos. Frise-se, sob o manto do funcionalismo, como um de seus sustentáculos, tem-se o funcionalismo Moderado ou Teleológico, também de Roxin, no sentido de que o fim primordial do direito penal é a tutela de bens jurídicos. Assim o sendo, há latente coerência doutrinária por parte do autor sub examine (MASSON, 2010).

Acrescente-se, bens jurídicos não se confundem com bens objetos materiais. Os bens materiais não são interesses objeto de tutela a nível penal, mas sim a pessoa ou a coisa perante a qual a conduta criminosa recai (SANCHES, 2018).

Como bases teóricas pertinentes aos bens jurídicos, tem-se a teoria monista e a dualista. A monista, por seu turno, subdivide-se em monista individual (tutela específica e atinente aos interesses individuais, sendo que os coletivos atuam apenas sob a sombra dos individuais, na medida necessária para a tutela dos mesmos) e monista coletiva (interesses coletivos, em realidade, são a pedra mestra do sistema) (SANCHES 2018).

Por derradeiro, a teoria dualista afirma que tudo dependerá do caso concreto para fins de vislumbra do interesse efetivamente tutelado, de molde a não de prescrever vetores abstratos, precipitados e peremptórios (SANCHES, 2018).

Avançando, a privatização do direito penal, de Rogério Greco, ventila a notável preocupação do sistema jurídico-penal perante os ocupantes do polo passivo de direito material, fazendo-se com que haja métrica vertiginosa de salvaguarda (GRECO, 2004).

Inclusive, não há como se encaixar toda essa sistemática perante o período de amortização das vítimas, consoante escólio de Paulo Sumariva (2018). Afinal, eis período perante o qual as vítimas restaram abandonadas, o que,

definitivamente, não de coaduna com o quanto prescrito a título, *verbi gratia*, de Período do ouro da vítima. Por derradeiro, em matéria vitimológica, O pai da matéria, qual seja, Benjamin Mendelsohn, ventila três formas de vitimização, quais sejam: vitimização primária, secundária e terciária.

A primária remete-se ao mero ataque oriundo do crime propriamente dito. Ou seja, todas as perniciosidades fulcradas no próprio tipo condensam o que se compreende por vitimização primária. Avançando, se há rechaço por parte das entidades oficiais de repressão criminal, mormente com esteio no *strepitus iudicii*, desprezo policial, que o valha, tem-se o que se convencionou denominar vitimização secundária (SANCHES, 2018).

Por derradeiro, a vitimização terciária nada mais é senão um rechaço de cunho social. Perceba, nesta senda, a mera transmutação sob o prisma intersubjetivo, quando em cotejo com o movimento anterior. Cotejando-se todo esse cenário, tem-se os fundamentos filosóficos por parte de cada desdobramento do Garantismo.

Apesar de assim o ser, repise-se, não há sentido se tutelar o vetor monocular, mormente com alicerce no fato que, em verdade, está-se a estatuir mero modelo de privilégios, e não de isonomia material, de Ruy Barbosa, com arrimo nas ações afirmativas europeias (BARBOSA, 1987).

Após o incisivo cotejo de cada baliza do movimento garantista, deve-se vislumbrar os acertos e erros de cada qual. No que aflige ao garantismo penal monocular hiperbólico, de Luigi Ferrajoli (2002), como acertos, pode-se elencar: efetiva preocupação com os interesses dos réus e acusados em geral; esteio em base humanista hodierna; rompimento para com institutos gravosos e infundados.

De fato, preocupa-se veementemente com os interesses daqueles que ora se prostram e nível de polo passivo, haja vista que não mais se atua diante de mera punição, mas sim visa-se em verdade atuação de tutela por parte dos interesses casuísticos dos réus.

Ademais, a base humanista hodierna, mormente com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, Adolf Hitler, Mussolini, Pinochet, que o valha, passa a ostentar contornos cada vez mais razoáveis e cristalinos. Assim o sendo, estatui-se, verbi gratia, a Declaração universal de direitos humanos, de 1948; o pacto internacional de direitos civis e políticos (1966); o pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais (1966); o estatuto penal de Roma (1988); que o valha.

Neste matiz, atua-se em caráter arrimado perante as bases supra. Por derradeiro, todos os institutos ventilados alhures, que apenas hipertrofiavam o direito penal subjetivo, restam desentranhados em virtude do fenômeno Ferrejoli. Assim o sendo, deve-se efusivamente saudar o caráter protetivo, uma vez que em momento algum se ratifica ideários punitivistas, mormente sob a égide de um prisma panpenalista.

### **1.3. Perniciosidades Inerentes**

Não obstante, nem tudo são flores. Inúmeras são as brechas deixadas pelo sistema sub examine. Dentre tais, pode-se elencar: fato de se olhar apenas para uma das partes; esquecimento dos interesses das vítimas; caráter laxista.

Quando rompe-se para com balizas punitivistas, mas visa-se a mera salvaguarda dos interesses dos ocupantes do polo passivo de direito processual, atua-se, em última análise, diante apenas dos réus, o que não se mostra plausível sob o manto de atuações, repise-se, de conagraçamento, e vetor conjunto. (FISCHER, 2009).

Ademais, as intempéries do período de neutralização das vítimas já ficaram para trás. Não mais se pode simplesmente esquecer de quem quer que seja. Não mais se pode desentranhar campos de proteção perante quem quer que seja. Por essas razões, não se agasalha o escólio de Luigi (FERRAJOLI, 2002).

Por fim, o caráter laxista salta aos olhos. Inúmeras são as benesses deferidas por parte do Estado perante réus e acusados, acarretando impunidade e vitimização secundária. Inclusive, o fenômeno da cifra negra, e suas devidas

divisões em cifra cinza, amarela, verde, azul e dourada, como resultado da operação criminalidade real menos criminalidade registrada, aqui mostra suas garras. Afinal, tem-se mais fatos perpetrados que fatos solucionados, trazendo-se à baila os fenômenos ventilados alhures (SUMARIVA, 2018).

Por seu turno. O garantismo penal integral, de Douglas Fischer (2009), de igual modo, ostenta acertos e desacertos, o que faz com que a material incidência do sistema de ponderação de valores, de Ronald Dworkin, faça-se aqui presente (DWORKIN, 2007).

Dentre os desacertos, pode-se vislumbrar: suposto flerte para com a Guantnamização do processo penal; práticas punitivistas; arbitrariedade às escuras (SANCHES, 2018).

O fenômeno da Guantnamização do processo penal é oriundo do célebre caso envolvendo Tibi vs Ecuador (2004), coligido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo o qual restara assentado um intuito incisivo de se punir, sob o prisma de um suposto protecionismo perante a comunidade, rompendo-se para com as balizas imanentes ao direito penal do autor.

Ademais, faz-se alusão à prisão da Baía de Guantánamo, que, apesar de situar-se em Cuba, pertence aos Estados Unidos da América, sendo típico exemplo de desrespeito a direitos e garantias fundamentais. A partir do momento em que o garantismo aqui coligido visa proteger as vítimas, também, há quem diga haver flerte para com a Guantnamização.

Ao nosso ver, data máxima vênua, de lege ferenda e mutatis mutandis, assim não bem o é. Inclusive, não há linha tênue entre os institutos supra. Muito pelo contrário. Um deles visa punir, o outro proteger. Um deles visa o vetor humanitário, o outro a métrica punitivista. Um ostenta arrimo na Corte Europeia de Direitos Humanos, o outro não. Reflita acerca da colocação de cada qual nos conceitos supra. Ademais, em momento algum há falar na busca por métricas punitivistas. Muito pelo contrário. Há apenas a salvaguarda aos interesses das vítimas.

Há apenas o emprego da isonomia a nível penal. Há apenas o engendramento dos direitos humanos em sede criminal. Por via de consequência, alegações genéricas e despidas de incisividade não se mostram razoáveis para se fazer com que haja inconstitucionalidade por parte dos escólios de Fischer (2009) em âmbito garantista.

Por derradeiro, quando se vislumbra o quanto apregoado a título de meras arbitrariedades às escuras, basta aquilatar a incidência do instituto. Por questões lógicas e etiológicas, o que é cristalino não se dá às escuras.

Onde está o punitivismo exacerbado quando do rechaço à retroatividade da representação para fins de estelionato? Onde está a mácula quando da não aceitação da retroação do ANPP oriundo da Lei 13.964/19? Onde está? Repise-se, se não há métrica obscura, não se pode assim o asseverar.

O fito é, rememore-se, única e exclusivamente a tutela de direitos das vítimas, que em momento algum podem ser esquecidas, que em momento algum podem ser lançadas ao limbo, que em momento algum podem ser tratadas como Ferrajoli, ainda que indiretamente, o fizera.

## **CAPÍTULO II – FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO GARANTISMO**

A partir do momento em que se passa por inúmeras métricas de farpeamento aos interesses dos ocupantes do polo passivo de direito material, eclode a necessidade de se reverter o sistema até então prostrado. Afinal, não havia nenhuma espécie de razão para se fazer com que direitos e garantias fundamentais fossem olvidadas perante a esfera jurídica de disponibilidade de quem quer que seja. Portanto, os modelos de vingança privada, vingança divina, vingança pública, direito penal do inimigo, que o valha, não hão de sobressair.

### **2.1 Jurisprudências do Garantismo Penal**

Luigi Ferrajoli (2002), propõe o que se convencionou denominar Garantismo Penal, com o fito de se salvaguardar os interesses dos réus até então jungidos. Como vetor de solidificação, cite-se o seguinte posicionamento jurisprudencial:

As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado [...] (Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383).

Perceba que, a despeito de se estar a, em certo grau, mitigar o quanto propugnado pela Corte IDH em matéria de emissão de resolução, por lógico, há hipertrofia dos interesses dos réus, quando no âmago do que se convencionou denominar “estado de coisas inconstitucional”, na esteira da ADPF 347. Repise-se, no ano de 2018, a Corte IDH decidira pelo cômputo em dobro de reprimendas quando diante do regime supra, em matéria de *leading case*, envolvendo os estabelecimentos de Plácido Carvalho de Sá e de Curado. Afinal, como havia grau de 200% de superlotação, pela via de meros cálculos aritméticos, conhecera-se do cômputo em dobro. O STJ, contudo, decidiu que somente quando diante de tais estabelecimentos, ainda que os fundamentos sejam os mesmos, não haveria incidência do preceito. Afinal, não haveria previsão legal ou jurisprudencial, bem como pleito alternativo não se mostraria idôneo haja vista a inexistência de previsão em Resolução da Corte e em previsão legal. Sem prejuízo, somente decisão de corte internacional poderia assim o fazer. Veja-se, a propósito, parcela do *decisum*:

AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE. IPPSC (RIO DE JANEIRO). RESOLUÇÃO CORTE IDH 22/11/2018. PRESO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO-PARTE. SENTENÇA DA CORTE. MEDIDA DE URGÊNCIA. EFICÁCIA TEMPORAL. EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO PRO PERSONAE. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO, EM SEDE DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL (PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE – DESDOBRAMENTO). SÚMULA 182 STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para interposição do agravo regimental. “Não há sentido em se negar o reconhecimento do direito de atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal perante esta Corte, se a interpretação conferida pelo STF, a partir de tema que assume, consoante as palavras do Ministro Celso de Mello, 'indiscutível relevo jurídico-constitucional' (RCL-AGR n.7.358) aponta na direção oposta, após evolução jurisprudencial acerca do tema” (AgRg nos EREsp n. 1.256.973/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Relator p/ acórdão Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 27/8/2014, DJe 6/11/2014). 2. Hipótese concernente ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido Instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse “em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade

física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente Resolução”. 3. Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País alarga o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos. 4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. Na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório. 5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena. 6. Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio *pro personae*, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados. 7. As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano. - Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna” (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça. - Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade. - um instrumento para

proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 8. Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se dessume que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC. 9. A alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada Resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos ex nunc, não merece guarida. O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (ex nunc), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada nas peculiaridades do caso. 10. Por fim, de se apontar óbice de cunho processual ao provimento do recurso de agravo interposto, consistente no fato de que o recorrente se limitou a indicar eventuais efeitos futuros da multimencionada Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH fulcrado em sua natureza de medida de urgência, sem, contudo, atacar os fundamentos da decisão agravada, circunstância apta a atrair o óbice contido no Verbete Sumular 182 do STJ, verbis: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada." 11. Negativa de provimento ao agravo regimental interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019. (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021)

Avançando, cite-se trecho da ADPF 347:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais,

decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

Perceba, em momento algum está-se a asseverar o caráter despiciendo por parte da proteção dos réus e seus interesses pertinentes. Está-se apenas a, em certo grau, criticar visões monoculares atinentes ao tema, exigindo-se, em verdade, guarida integral e longitudinal. Afinal, tanto vítimas quanto autores não de ser objeto de tutela penal, sem qualquer espécie de discriminação e desarrazoabilidade. Inclusive, ventila-se o modelo de Privatização do Direito Penal, de Rogério Greco (2014), ao prezar pelo relevante e crescente papel da vítima no âmago criminal.

## **2.2 A Figura da Vítima no Garantismo**

Atualmente, a figura da vítima vem ganhando fundamental importância no Direito Penal. Conforme ensina o ilustre Rogério Grecco:

Muitos institutos penais e processuais penais foram criados mais sob o enfoque dos interesses precípuos da vítima do que, propriamente, do agente que praticou a infração penal. Esse destaque conferido à figura da vítima configura o que a doutrina moderna vem chamando de privatização do Direito Penal. As ações privadas, que devem ser intentadas pela vítima ou por seu representante legal, as formas de reparação de danos e a composição prevista na Lei 9.099/95, são exemplos desse destaque. Ante a importância dos direitos tutelados pelo Direito Penal, deve o Estado abarcar o maior número de institutos preventivos e reparadores. A privatização do Direito Penal, com seu enfoque à vítima de crimes, busca esse objetivo comum, num ramo jurídico onde dificilmente a situação será restaurada à situação anterior, deve o Estado priorizar o tratamento da vítima. (2014, p. 13)

Ademais, fácil mostra-se o intuito de se salvaguardar interesses estatais, vitimológicos, sociais, que o valha, mormente em prol das pedras de toque ou angulares, de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014). Portanto, a tutela de bens jurídicos acaba por eclodir como uma espécie de panaceia em meio ao suposto nó górdio ora ocasionado, o que se ampara nos seguintes critérios, dentre outros:

As interceptações e a colaboração dos envolvidos são dois instrumentos sem os quais é impossível fazer investigação de organizações criminosas mafiosas de modo eficiente. (CUNHA, 2018)

O corrupto sempre tem uma máscara de benevolência para a população. Um país mais corrupto, mais pobreza, mediante comprovação empírica. Mais corrupção, maior a desigualdade na distribuição de renda. Mais corrupção, menor credibilidade nas instituições políticas. (CUNHA, 2018)

Máfia é mais complexo, articulado e lucrativo que meramente corromper alguém. O aspecto das relações institucionais é essencial para a máfia. A máfia não precisa empregar a violência como intimidação. Só quando necessário e em último caso. (CUNHA, 2018)

Por via de consequência, simplesmente busca-se tutelar os interesses também das vítimas. Afinal, ambos os sujeitos pertinentes ao processo penal não de ser objeto de tutela. Ambos não de ser esquecidos. A dupla penal, de Benjamin Mendelsohn, há de ser tutelada e salvaguardada, sob pena, inclusive, de vitimização primária, secundária ou terciária, nas lições a seguir esposadas:

Também conhecida por “processo vitimizatório”, a vitimização pode ser compreendida como a ação ou o efeito de ser vítima de uma conduta praticada por um terceiro, por si mesmo, ou ainda por um fato natural. O que ocorre na vitimização são as consequências negativas de um fato traumático. A doutrina especializada costuma dividir, para fins didáticos, o processo de vitimização em três: primária, secundária e terciária. Primária: É o dano decorrente do próprio crime. As consequências imediatas da vitimização primária variam de acordo com a natureza do crime ou do fato delituoso cometido, podendo ser físicas, psicológicas ou materiais e patrimoniais. Secundária: Ocorre no âmbito dos órgãos formais do Estado. Também chamada de “Revitimização” ou de “Sobrevitimização”, é aquela causada pelas instâncias formais que

detêm o controle sobre o âmbito social (isto é, em delegacias, no Ministério Público etc.). Abrange os custos pessoais derivados da intervenção do sistema legal que podem aumentar o sofrimento da vítima. Ocorre quando há desrespeito às garantias e aos direitos fundamentais das vítimas de crime no curso da investigação ou do processo penal. Terciária: Ocorre quando, em contato com o grupo familiar ou em seu meio ambiente social (como trabalho, escola, vizinhança, igreja etc.), a vítima for novamente vitimada pelos que a cercam. Após a divulgação do crime, as pessoas que rodeiam a vítima podem se afastar, principalmente quando se tratar de crimes contra os costumes, considerados estigmatizantes. Olhares atravessados, comentários maldosos, perguntas indecentes e indiscretas e até mesmo “brincadeiras” trazem humilhação e constrangimento à vítima, levando a novos sofrimentos. A vitimização terciária, portanto, é o processo de “estigmatização” imposto pelo círculo mais próximo da vítima, após a ocorrência do crime/fato. (CNMP, 2022, *online*)

Nesta senda, percebe-se três momentos específicos em matéria pragmática. Num primeiro momento, há latente ataque aos interesses dos réus. Em seguida, protege-os. Por derradeiro, vida-se apenas a compatibilização entre os dois últimos tópicos. Ou seja, visa-se nem proteger demais os réus, e nem proteger demais as vítimas. Eis, assim, a base história pertinente. Eis, ademais, a base do Garantismo Penal Integral, de Douglas Fischer (2009). Ideários de impunidade, laxismo, que o valha, não de ser desentranhados. Inclusive, campos outros que não criminais restam coligidos. Por todos, cite-se:

O procurador-geral da República, Augusto Aras, defende no Supremo Tribunal Federal (STF) que alterações trazidas pela Lei 14.230/2021, a nova Lei de Improbidade Administrativa (LIA), não retroagem para beneficiar agentes públicos já condenados com base em regras que vigoravam anteriormente (Lei 8.429/1992).

Alavanca-se o quanto aqui defendido por meio de algumas jurisprudências, que efetivamente tutelam os interesses das vítimas:

Procede-se mediante ação penal condicionada à representação no crime de estupro praticado contra vítima que, por estar desacordada em razão de ter sido anteriormente agredida, era incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos. De fato, segundo o art. 225 do CP, o crime de estupro, em qualquer de suas formas, é, em regra, de ação penal pública condicionada à representação, sendo, apenas em duas hipóteses, de ação penal pública incondicionada, quais sejam, vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. A própria doutrina reconhece a existência de certa confusão na previsão contida no art. 225, caput e parágrafo único, do CP, o qual, ao mesmo tempo em que prevê ser a ação

penal pública condicionada à representação a regra tanto para os crimes contra a liberdade sexual quanto para os crimes sexuais contra vulnerável, parece dispor que a ação penal do crime de estupro de vulnerável é sempre incondicionada. A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo legal é a de que, em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos - não sendo considerada pessoa vulnerável -, a ação penal permanece condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus iudicii*. Com este entendimento, afasta-se a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada, preservando-se o sentido da redação do caput do art. 225 do CP. HC 276.510-RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 11/11/2014, DJe 1º/12/2014.

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AUDIÊNCIA DO ART. 16 DA LEI 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). REALIZAÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO DESEJO DA VÍTIMA DE SE RETRATAR. IMPOSSIBILIDADE DE DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PROVIDO. 1. Recurso representativo de controvérsia, para atender ao disposto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e na Resolução STJ n. 8/2008. 2. Delimitação da controvérsia: "Definir se a audiência preliminar prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) é ato processual obrigatório determinado pela lei ou se configura apenas um direito da ofendida, caso manifeste o desejo de se retratar". 3. TESE: "A audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/2006 tem por objetivo confirmar a retratação, não a representação, e não pode ser designada de ofício pelo juiz. Sua realização somente é necessária caso haja manifestação do desejo da vítima de se retratar trazida aos autos antes do recebimento da denúncia". 4. Nos termos do art. 16 da Lei 11.340/2006, "nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público". 5. É imperativo que a vítima, sponte própria, revogue sua declaração anterior e leve tal revogação ao conhecimento do magistrado para que se possa cogitar da necessidade de designação da audiência específica prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha. Pode-se mesmo afirmar que a intenção do legislador, ao criar tal audiência, foi a de evitar ou pelo menos minimizar a possibilidade de oferecimento de retratação pela vítima em virtude de ameaças ou pressões externas, garantindo a higidez e autonomia de sua nova manifestação de vontade em relação à persecução penal do agressor. 6. Não há como se interpretar a regra contida no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 como uma audiência destinada à confirmação do interesse da vítima em representar contra seu agressor, pois a letra da lei deixa claro que tal audiência se destina à confirmação da retratação. Como regra geral, o Direito Civil (arts. 107 e 110 do CC) já prevê que, exarada uma manifestação de vontade por indivíduo reputado capaz, consciente, lúcido, livre de erros de concepção,

coação ou premente necessidade, tal declaração é válida até que sobrevenha manifestação do mesmo indivíduo em sentido contrário. Transposto o raciocínio para o contexto que circunda a violência doméstica, a realização de novo questionamento sobre a subsistência do interesse da vítima em representar contra seu agressor ganha contornos mais sensíveis e até mesmo agravadores do estado psicológico da vítima, na medida em que coloca em dúvida a veracidade de seu relato inicial, quando não raras vezes ela está inserida em um cenário de dependência emocional e/ou financeira, fazendo com que a ofendida se questione se vale a pena denunciar as agressões sofridas, enfraquecendo o objetivo da Lei Maria da Penha de garantir uma igualdade substantiva às mulheres que sofrem violência doméstica e até mesmo levando-as, desnecessariamente, a reviver os traumas decorrentes dos abusos.

7. De mais a mais, tomar como obrigatória e indispensável a realização da audiência do art. 16 da Lei 11.340/2006, com o único objetivo de confirmar representação já efetuada, implica estabelecer condição de procedibilidade não prevista na lei. Precedentes desta Corte.

8. CASO CONCRETO: Situação em que o Tribunal a quo anulou, de ofício, a partir da decisão de recebimento da denúncia, ação penal na qual o réu fora condenado pelo delito do art. 147 do Código Penal, por reputar obrigatória a realização da audiência do art. 16 da Lei 11.340/2006, mesmo tendo a vítima ratificado, em juízo, sua intenção de ver o réu processado pelas ameaças de morte a si dirigidas.

9. Recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais provido, para cassar o acórdão recorrido, no que tange à decretação, de ofício, da nulidade do processo a partir da denúncia, devendo o julgamento prosseguir para análise das demais teses defensivas. (REsp n. 1.977.547/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 8/3/2023, DJe de 29/3/2023.)

Assim, aglutinando-se os interesses tanto dos réus quanto das vítimas, chega-se aos ideários do Garantismo Penal integral, de Douglas Fischer, doravante explanado.

## **CAPÍTULO III – A GUANTANAMIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**

### **3.1 O Fenômeno da Guantnamização**

Após uma gama de eventos históricos que culminaram num modelo de latente laxismo, fazendo-se com que as vítimas fossem lançadas contra a parede, em prol dos interesses dos réus, passa-se a pensar um novo modelo. Afinal, não há qualquer espécie de razoabilidade em se estatuir um modelo segundo o qual apenas um dos polos da balança restará salvaguardado. Muito pelo contrário. Exige-se atuação escoreita em prol de ambas as partes, em prol de ambos os interesses. Nesta senda, o primado da isonomia há de se fazer presente, sem que se agasalhe condutas perniciosas, e, sobretudo, despidas de fundamentação técnico-jurídica idônea. Reitere-se, em momento algum pugna-se pelo desentranhamento dos interesses e direitos dos réus. O que se visa é apenas uma mitigação de certos privilégios, em contraposição aos interesses das vítimas. Seja como for, com o avanço cronológico, visou-se a estatuição de um novel modelo, que efetivamente salvaguardasse os interesses dos réus, mas também das vítimas. Nesta senda, é que tem-se o fenômeno da Guantnamização do processo penal. Na espécie, faz-se alusão à baía de Guantánamo, em Cuba, no que pertine ao complexo penitenciário lá existente, apesar de o mesmo pertencer aos Estados Unidos da América. (PAIVA, 2019)

Veja-se, inclusive, trecho sobre a situação vislumbrada no complexo supra: Ao anunciar, nesta terça-feira, um plano para fechar a prisão de Guantánamo, o presidente americano Barack Obama disse buscar “encerrar um capítulo da história” dos EUA. Inaugurado meses após os ataques de 11 de setembro de 2011 para abrigar estrangeiros acusados de atentar contra os Estados Unidos, o centro se

tornou objeto de várias controvérsias e denúncias de violações de direitos humanos

Fechar a prisão era uma das promessas de campanha de Obama em 2008, mas problemas jurídicos e políticos e entraves sobre o destino dos detidos o impediram de cumpri-la até agora. O centro, pela qual já passaram quase 800 prisioneiros, hoje abriga 91 pessoas. Entre os métodos citados estavam a exposição dos detentos a música muito alta e temperaturas extremas, humilhações de cunho sexual e religioso, privação de sono e espancamentos. Em 2005, o então vice-presidente Dick Cheney rejeitou as acusações: “Não há nenhuma outra nação no mundo que trate pessoas que estavam determinadas a matar americanos da forma que nós tratamos essas pessoas.”

A expressão Guantanimização do processo penal fora empregada pela primeira vez quando do caso Tibi vs Ecuador, apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de se farpear os interesses dos réus, fazendo-se com que haja latente hipotrofia perante o campo objeto de exame. Perceba, se, de um lado, não se aquiesce com modelo segundo o qual apenas os interesses dos acusados são objeto de tutela pelas normas ora vigentes, de outro, não se pode estatuir regime segundo o qual apenas os interesses das vítimas assim o são. A devida isonomia e paridade de armas há de se fazer presente. Nesta senda, não há falar num complexo de direitos objeto de salvaguarda. Muito pelo contrário. Há, em verdade, um campo de interesses por parte das vítimas, e não dos réus. Assim, chegar-se-ia a um modelo de efetiva proteção às vítimas, prevenção delitiva, repressão incisiva e espectros congêneres. Veja, inclusive, trecho do caso coligido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando, repise-se, do caso Tibi vs Ecuador. No caso, tem-se voto de Cançado Trindade. (PAIVA, 2019)

Por meio da presente Sentença no caso Tibi versus Equador, para cuja adoção concordei com meu voto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pronunciou-se sobre um novo caso que retrata bem as contingências da condição humana e a importância de fazer justiça e a garantia da não repetição de atos lesivos aos direitos humanos como medida de reparação. Dadas as preocupações que este caso suscita, e a relevância da matéria tratada pela Corte, sinto-me no dever de registrar, neste Voto Separado, minhas reflexões pessoais para

fundamentar minha posição a respeito da matéria aqui tratada. Centrarei minhas reflexões em quatro pontos básicos, a saber: a) o impacto da detenção arbitrária e da condição prisional na consciência humana; b) autorreabilitação como defesa e reparação das afrontas do mundo; c) a reação do Direito *ratione personae* (a centralidade das vítimas no ordenamento jurídico); d) a reação da lei *ratione materiae* (a proibição absoluta da tortura).

Doravante, observe voto de Salgado Pesantes:

1. Concordo com a maioria dos votos neste caso, considerando que foram comprovadas as violações dos direitos fundamentais do Sr. Daniel Tibi e de seus familiares. O conhecimento destas graves violações dos direitos da pessoa e na minha qualidade de cidadão equatoriano leva-me às seguintes considerações. 2. O Estado do Equador não pode permitir nem deve tolerar que as garantias mais básicas do devido processo sejam violadas pela irresponsabilidade de certos juízes e policiais, seja da INTERPOL ou judicial. Constituem uma afronta ao país. 3. O Equador deve proibir definitivamente a tortura e os tratamentos cruéis e desumanos como meio de investigação de um crime. Eu gostaria de estar convencido de que atualmente (ano de 2004) esses métodos foram substituídos. O Estado equatoriano ratificou (1999) a Convenção Interamericana contra a Tortura, conseqüentemente, suas disposições foram integradas em nosso ordenamento jurídico, assim como as normas da Convenção Americana.

Por via de consequência, sob o prisma, por todos, do fenômeno da desesperação, direito penal do inimigo, direito penal do autor, dentre outras variantes, passa-se a salvaguardar exclusivamente os interesses dos ocupantes do polo passivo de direito material, quais sejam, as vítimas. O regime objeto de exame, contudo, não agasalha a dignidade da pessoa humana, a indelével tutela de direitos humanos, a isonomia, paridade de armas, e métricas correlatas, o que faz com que paire sobre o mesmo manifesta desarrazoabilidade. Nesta senda, visa-se, por intermédio do garantismo penal integral, de Douglas Fischer, uma mera mescla de modelos, um ideário humanista, mas, ao mesmo tempo, protetivo. Imagine, se se desentranhada interesses dos réus, ou das vítimas, isoladamente, a balança imanente ao direito aqui não far-se-ia presente. (FISCHER, 2021)

Como vetor de consolidação da desarrazoabilidade imanente ao regime supra, vide excerto de decisão dos Tribunais Superiores:

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – INDÍCIOS CONSTANTES EM DEPOIMENTOS DA FASE ACUSATÓRIA NÃO CONFIRMADOS EM JUÍZO – FALTA DE PROVAS – TESTEMUNHOS POLICIAIS POR OUVIR DIZER – ABSOLVIÇÃO DO APELANTE. O Estado deseja a paz social e quer reprimir adequadamente qualquer conduta ilícita, mas para impor-se ao respeito social, precisa fazê-lo segundo as normas que ele próprio editou e que exigem prova cabal da ilicitude, o que inexistente nestes autos, e sem tais provas, há de imperar o “princípio da inocência”, assegurado constitucionalmente. Ainda que o testemunho policial mereça nosso integral respeito, se tais policiais limitam-se a repetir o que teria dito terceira testemunha, que não veio a juízo confirmar suas palavras, e que em sede extrajudicial renega o que teria dito, desmentindo os policiais, não se tem sequer indícios, e a absolvição é imperativa. Recurso provido para absolver o recorrente.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE TESTEMUNHOS PRESENCIAIS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE ATENDERAM A OCORRÊNCIA. HEARSAY TESTIMONY. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS JUDICIAIS VÁLIDAS. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. TEORIA DA PERDA DA CHANCE PROBATÓRIA. PRODUÇÃO DAS PROVAS. ÔNUS DA ACUSAÇÃO. 1. Na hipótese, verifica-se que não foram ouvidas testemunhas presenciais, na medida em que o próprio Ministério Público as dispensaram, dos fatos em juízo e as testemunhas inquiridas judicialmente, policiais que atenderam a ocorrência, por sua vez, narraram apenas fatos que ouviram dizer acerca do crime narrados pela vítima e pela mãe da vítima que estava no local do delito, não havendo outras provas válidas a corroborar tais testemunhos. 2. Assim sendo, os testemunhos indiretos não autorizam a pronúncia, porque são meros depoimentos de "ouvir dizer" - ou *hearsay*, na expressão de língua inglesa –, que não tem a força necessária para submeter um indivíduo ao julgamento popular. 3. Portanto, tem-se que todos os depoimentos colhidos em juízo aconteceram apenas de "ouvir dizer". Nenhum deles, como visto, é aceito pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça como fundamento válido para a pronúncia, de modo que o acórdão impugnado efetivamente afrontou o disposto no art. 155 do CPP.

### 3.2 Laxismo Penal

Se, de um lado, não se comunga da ideia segundo a qual não se pode esquecer dos interesses dos réus, de outro, não se pode concordar com o esquecimento dos interesses das vítimas. Em verdade, ambos não de ser lembrados pelo Estado. Ambos não de ser objeto da mais precisa e incisiva tutela, sob pena de quebra do regime isonômico, da paridade de armas, e outros tantos interesses circundantes da novel ordem constitucional. Portanto, com o avanço cronológico,

sai-se de um tudo, e ingressa-se em um nada. Se antes havia a tutela precisa dos interesses das vítimas, doravante, passa-se a coligir tutela apenas dos interesses dos acusados. A indelével balança, título representativo do direito, acrescente-se, passa a não mais ostentar amparo legal. Afinal, repise-se apenas o quanto circundante do réu passa a ser lembrado pelo Estado. (BRASILEIRO, 2021)

As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.

Ademais, em certo grau, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem se manifestando no sentido de se romper com os instrumentos iminentes ao poder investigatório. Não mais se permite, em certos casos, o ingresso domiciliar. Exige-se a presença de fundamentos que, sob o prisma pragmático, nem sempre aqui restarão colmatados. Perceba, nesta senda, a manifesta conduta de se estreitar o acesso a ordinários mecanismos que, até então, eram idôneos e faziam-se presentes na rotina policial e ministerial. (CAPEZ, 2017)

Por todos, vide os seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. ENTRADA EM DOMICÍLIO SEM ORDEM JUDICIAL E SEM ELEMENTOS MÍNIMOS DE TRAFICÂNCIA NO LOCAL. PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. Ainda que esta Sexta Turma tenha admitido como fundamento para a prisão preventiva a relevante quantidade entorpecentes apreendidos em poder da paciente, tratando-se de 132 pedras de crack, 84 papéletes de cocaína e ainda 26 trouxinhas de maconha, não foi apontado nenhum elemento idôneo para justificar a entrada dos policiais na residência da paciente, citando-se apenas a verificação de denúncias

de tráfico de drogas que receberam através do “Disque Denúncia”, e a fuga do adolescente. 2. Verifica-se ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, determinado no art. 5º, inc. XI, da Constituição da República, quando não há referência a prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas, não se tratando de averiguação de informações concretas e robustas acerca da traficância no domicílio violado. 3. Recurso em habeas corpus provido, para a soltura da recorrente, TEREZA RODRIGUES, e de ofício determinar o trancamento da Ação Penal n. 0001783-23.2016.8.26.0695. (RHC 83.501/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. TEMA 280/STF. FUGA ISOLADA DO SUSPEITO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DE PROVAS CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. No RE n.º 603.616/Tema 280/STF, a Suprema Corte asseverou que a flagrância posterior, sem demonstração de justa causa, não legitima o ingresso dos agentes do Estado em domicílio sem autorização judicial e fora das hipóteses constitucionalmente previstas (art. 5º, XI, da CF). 2. Apesar de se verificar precedentes desta Quinta Turma em sentido contrário, entende-se mais adequado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento que exige a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: “campana que ateste movimentação atípica na residência”). 4. Recurso em habeas corpus provido para que sejam declaradas ilícitas as provas derivadas do flagrante na ação penal n.º 0006327-46.2015.8.26.0224, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP. (RHC 89.853/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020)

Assim, chega-se no que parcela doutrinária convencionou denominar laxismo penal, no sentido de se fazer com que o regime protetivo até então vigente fosse transmudado numa métrica de mera salvaguarda dos interesses da parte adversa. Por via de consequência, uma vez mais, a imanente e indelével balança do direito não mais aqui faz-se presente. Afinal, pende-se para um lado. Apenas um campo é efetivamente tido como idôneo. Apenas um dos ocupantes da relação jurídica processual encontra-se numa posição adequada de proteção. Perceba, não se está, em momento algum, a agasalhar tutela desarrazoada para mais, mas também não se aquiesce com tutelas a menor. Ambos os polos devem receber, na proporção necessária, a tutela que ora se prostra. (FISCHER, 2021)

Vide alguns exemplos de julgados oriundos dos tribunais superiores que, impreterivelmente, agasalham o ideário ora verberado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP). EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. TRATADOS INTERNACIONAIS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE E DA SUBSIDIARIEDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MANDAMENTO DE CRIMINALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. De maneira ampla, a Medicina Legal define o abuso sexual infantil como “toda e qualquer exploração do menor pelo adulto que tenha por finalidade direta ou indireta a obtenção do prazer lascivo” (FRANÇA, Genival Veloso. Medicina legal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017, p. 250). Nesse sentido, não há meio-termo. O adulto que explora um menor com a finalidade de obter prazer sexual, direto ou indireto, está a praticar ato abusivo. 2. Nesse ponto, é importante ressaltar que o abuso sexual contra o público infantojuvenil é uma realidade que insiste em perdurar ao longo do tempo. A grande dificuldade desse problema, porém, é dimensioná-lo, pois uma parte considerável dos delitos “ocorrem no interior dos lares, que permanecem recobertos pelo silêncio das vítimas”. Há uma elevada taxa de cifra negra nas estatísticas. Além do natural medo de contar para os pais (quando estes não são os próprios agressores), não raro essas vítimas sequer “possuem a compreensão adequada da anormalidade da situação vivenciada.” (BIANCHINI, A.; MARQUES, I. L.; ROSSATO, L. A.; SILVA, L. P. E.; GOMES, L. F.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes. São Paulo: Saraiva, 2013, e-book, Introdução, cap. 1)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. MULTIREINCIDÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A multireincidência revela maior necessidade de repressão e rigor penal, a prevalecer sobre a atenuante da confissão, sendo vedada a compensação integral. Precedentes do STJ. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HABEAS CORPUS Nº 620640 - SC (2020/0276635-8), Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/08/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. MULTIREINCIDÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. PREVALÊNCIA DA PRIMEIRA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A multireincidência revela maior necessidade de repressão e rigor penal, a prevalecer sobre a atenuante da confissão. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1796291/RO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 10/06/2019)

Neste diapasão, efusivamente saudá-se a ausência de hipertrofia por

parte dos interesses dos réus, pugnando-se, nesta senda, pelos interesses também das vítimas. Afinal, ambos os polos hão de ser objeto de reverberação no âmago do regime protetivo. Eis o que as decisões supra prezam, e eis o quanto encampado pelo Garantismo Penal Integral, de Douglas Fischer, em detrimento do Garantismo Penal Monocular Hiperbólico, de Luigi Ferrajoli. (SANCHES, 2022)

### 3.3 A Distinção entre Regras e Princípios

Quando dos escólios de Ronald Dworkin e Robert Alexy, nas lições de Pedro Lenza, deve-se, num primeiro momento, trazer à baila a distinção entre regras e princípios. As regras restam tidas como mandados de definição, haja vista sua concretude e incisividade. Noutra flanco, os princípios são meros mandados de otimização, haja vista sua manifesta nebulosidade e abstração. Frise-se, quando da eclosão do pós-positivismo, em detrimento do positivismo puro e da teoria pura do direito, ambos de Hans Kelsen, a base principiológica que hodiernamente se vislumbra, passa a ostentar a devida salvaguarda, a devida importância. (LENZA, 2020)

Impossível o vislumbre de grau de cumprimento: as regras devem ser cumpridas na forma prescrita. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. O princípio é norma ordenadora de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (ALEXY, p. 86-87, Apud CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 155).

Noutra flanco, não mais sob o mando dos escólios de Alexy, mas sim Ronald Dworkin, quando do contexto dos conflitos entre regras, fala-se numa mera métrica segundo a qual ou aplicar-se-á uma regra ou outra. Perceba, o desentranhamento da norma conflitante será medida a se impor. Afinal, inexistente qualquer espécie de compatibilidade entre tais. No caso, tem-se o que se convencionou denominar modelo de tudo ou nada, ou “*all or nothing*”. Noutra banda, quando diante das métricas de conflito entre princípios, o que ter-se-á será, em verdade, ponderação de valores, no sentido apenas de se encampar uma ponderação entre os preceitos, não se extirpando qualquer deles. (LENZA, 2020)

A título complementar, acompanhe os seguintes excertos doutrinários:

Impossível o vislumbre de grau de cumprimento: as regras devem ser cumpridas na forma prescrita. "Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos (ALEXY, p. 86-87, Apud CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 155).

A ponderação é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais (Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23).

No século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, uma das concepções dominantes surgidas como reação ao formalismo e ao positivismo do século XIX e metade do século XX é a da tarefa do Supremo Tribunal Federal como "política" no sentido mais forte da palavra: esse órgão deveria atuar – para usar uma expressão de Ingeborq Maus – como "superego da sociedade órfã".

A jurisprudência, por seu turno, também aqui se posiciona no mesmo sentido:

EMENTA Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça. 2. Os precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento passaram ao largo do direito autônomo ao esmaecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados. A utilização de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, como *droit a l'oubli* ou *right to be let alone*, foi aplicada de forma discreta e muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade. Já na contemporaneidade, campo mais fértil ao trato do tema pelo advento da sociedade digital, o nominado direito ao esquecimento adquiriu roupagem diversa, sobretudo após o julgamento do chamado Caso González pelo Tribunal de Justiça Europeia, associando-se o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na internet.[...]

Neste diapasão, o que se pugna, em apertada síntese, é exatamente uma ponderação de valores, uma atuação conjunta entre ambas as esferas históricas

coligidas ao longo do presente trabalho. Assim, não se agasalha qualquer espécie de tutela apenas dos interesses dos réus. Mas também não se encampa tutela apenas dos interesses das vítimas. Ambas as partes hão de receber a devida salvaguarda estatal, a devida atenção. Somente assim, é que efetivamente chegar-se-á a um regime idôneo, mesclado, que reflete o maior símbolo do direito moderno, qual seja, a balança. Tudo quanto aqui verberado reflete, acrescenta-se, o Garantismo Penal Integral de Douglas Fischer, que, de monstruoso, não há nada, salvo sua excelência e idoneidade.

## CONCLUSÃO

Quando da aquilatação do Capítulo I, há de se perceber que os fatos culminam em normas. O direito, afinal, não pode se quedar omissos quando diante de fatores relevantes que assolam a comunidade. Apesar de mostrar-se utópica a ideia jungida a um campo de panaceia, a tentativa há de mostrar-se oriunda das mais variadas fontes.

Neste ínterim, como antídoto ao quadro, pernicioso, não discordamos, de farpeamento aos interesses dos ocupantes do polo passivo de direito processual, estatui-se toda uma sistemática de normas protetivas, benéficas, que, não raras vezes, deságuam em conceitos laxistas e de privilégio. Afinal, o que pode ser previsto eis apenas prerrogativas, mas não privilégios. Se os segundos arrimam-se em balizas alheias à legislação, em prol subjetivo, em caráter típico de aristocracias sociais, os primeiros acenam em sentido diametralmente oposto.

Por via de consequência, chega-se à ululante conclusão segundo a qual o regime ora prostrado mostrava-se vil, mormente quando do cotejo do direito penal do inimigo, de Jakobs, quando do pragmático farpeamento do contrato social, de Jean Jacques Rousseau. Contudo, não se optara pelo melhor dos caminhos.

Quando diante do Capítulo II, não há dúvidas de que a transmutação se fez necessária. Um modelo onde o símbolo base do direito resta maculado, não haveria mesmo de progredir. Neste diapasão, a doutrina passa a se debruçar sobre modelos de caráter mais incisivo e ponderador, fazendo-se com que, como uma fênix, o símbolo base supraviesse à tona. Por todos, Douglas Fischer, ao lado de,

mais recentemente, Ferrajoli e Zabrebelszy, propugnam uma métrica ponderada, de tutela de ambas as partes, sem qualquer privilégio, mas também sem “apertos de mão”. Não há laxismo. Não há panpenalismo. Há, em verdade, razoabilidade, coerência e idoneidade. Assim, encampa-se os postulados ora asseverados, em detrimento de qualquer baliza monocular e caolha.

Por derradeiro, quando diante do capítulo III, fácil é chegar-se à conclusão segundo a qual modelos puramente unidirecionais não hão de prosperar. Qual seria a ratio para que apenas tal ou qual sujeito fosse salvaguardado? Ademais, qual o motivo para que não se encampasse modelo misto e mesclado? Neste contexto, após a devida apresentação tanto das vicissitudes, quando das benesses imanentes a cada modelo, estatui-se o regime que se compreende como sendo mais acertado. Frise-se, a despeito de haver doutrina, por todos Caio Paiva, no sentido de estar-se a distorcer o conceito de Garantismo, não eis o quanto oriundo do próprio autor! Nesta senda, se o criador não mais concorda com seus próprios preceitos, como defender um regime deletério? Como se agasalhar uma distorção sistemática? Por óbvio, a solução mais simples e adequada acaba por acenar no mero sentido do efusivamente saudado Garantismo Penal Integral, de Douglas Fischer.

## REFERÊNCIAS

ALEXY Robert *apud* Cunha JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição, Bahia: Editora Jus Podivm, 2012.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de, **Provas ilícitas e proporcionalidade**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**. Vol. II. Tomo II. Rio de Janeiro: Ministério da Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **Princípios constitucionais brasileiros**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: n. 1, 1993.

BOBBIO, Norberto. **“O Positivismo Jurídico” – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL, **Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Lei dos crimes hediondos.

BRASIL. **Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984**. BRASIL.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940** - DOU de 31/12/1940 – Código Penal.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 3.689 de 03 de outubro de 1941**. In: Vade mecum penal e processual penal.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A audiência do art. 16 da Lei Maria da Penha não é um ato processual obrigatório determinado pela lei; a realização dessa audiência configura apenas um direito da vítima, caso ela manifeste o desejo de se retratar**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/05f03bccda955d1689b36046a6db899>>. Acesso em: 07 abr 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4e732ced3463d06de0ca9a15b6153677>>. Acesso em: 02 abr 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22/11/2018, que determina o cômputo da pena em dobro, deve ser aplicada a todo o período cumprido pelo condenado no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC)**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8ce241e1ed84937ee48322b170b9b18c>>. Acesso em: 02 abri 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Vitimização**. 2022. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/defesadasvitas/vitimas/vitimizacao>>. Acesso em: 02 abr 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral** (arts. 1º ao 120) / Rogério Sanches Cunha – 6ª ed. rev, ampl. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance, **Processo penal constitucional**, 4 ed., São Paulo: RT, 2005.

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

FISCHER, D. Garantismo Penal Integral (e não garantismo hiperbólico monocular). **Revista do Núcleo Criminal da PRR 1ª Região - Brasília**, v. Ano 2, p. 16-17, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 25 ed. Rio de Janeiro: Graal. 2008.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. – 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007b.

FRIGGI, Márcio. Crimes Multitudinários. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério público de São Paulo**, v. 16, p. 162-189, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal** 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 28 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. O que é justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência. Tradução Luis Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 2001. **Teoria Pura do Direito**. 6 Ed. Martins Fontes: São Paulo, 1998.

MASSON, Kleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. São Paulo: ed. Método, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Alexandre de, **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**: 9 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, n. 17, 113-169, out-dez. 1996.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O direito constitucional à jurisdição**. São Paulo: 1993.

ROSS, Alf.. **Direito e Justiça**, São Paulo: EDIPRO, 2003.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, política e justiça na contemporaneidade**. Campinas: Edicamp. 2002.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: teoria e prática**. Niterói (RJ): Impetus, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Editora Podivm, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZIMMERMANN, A. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.