

Oliveira Neto: Desmistificando o garantismo penal

01/05/2022

As linhas mestras do *garantismo penal*

São inúmeras e por vezes equivocadas as discussões travadas em torno do termo *garantismo penal*. Nesse ambiente, há quem coloque em polos opostos o ideal garantista e a necessidade de um direito penal que efetivamente cumpra as missões de prevenir e punir o crime [1]. Para além disso, surgiu no debate jurídico brasileiro o chamado *garantismo penal integral*, cujo propósito, com o qual não se pode anuir, é demonstrar que a materialização (e até a ampliação) do poder punitivo do Estado teria uma *conotação garantista*, pois implicaria em *garantia* da sociedade contra a perpetração de crimes, vale dizer, contra o próprio cidadão, com isso desnaturando o genuíno sentido da expressão, se considerada a sua acepção primeira.



Quando erigiu a sua monumental obra "Diritto e

ragione. Teoria del garantismo penale", originalmente publicada em 1989, o jurista Luigi Ferrajoli estava fortemente preocupado com a agigantamento do poder absoluto na Itália, o qual ganhou guarida a partir da confecção de uma "legislação de emergência", resultante dos "anos de chumbo" vividos naquele país do final dos anos 1960 até meados da década de 1980 [2]. Com efeito, é certo que se afiguram nefastas as consequências jurídicas, sociais e econômicas dos regimes políticos autoritários, que se expressam, dentre outras questionáveis metodologias, em reiteradas tentativas de calar a voz da cidadania, no intuito de aviltar a capacidade humana de irrisignação frente às práticas arbitrárias que solapam direitos fundamentais, como a liberdade.

Tendo por base o turbulento contexto italiano, do qual emergiu a noção de garantismo penal disseminada notadamente entre os países de *civil law*, calha transcrever excerto em que Ferrajoli enfrenta e explicita a temática "justificação e garantismo", defendendo a "utopia garantista

, que não se confunde com "abolicionismo penal":

"(...) se observarmos o funcionamento efetivo dos ordenamentos penais, e, exemplarmente, daquele italiano, são a 'abolição' da pena e a justificação para seu lugar de instrumentos de controle extrapenais que se manifestam, hoje, como os fenômenos mais inquietantes. A pena em sentido próprio — ou seja, enquanto sanção legal post delictum e post iudicium — representa, sempre mais, na Itália, uma técnica punitiva secundária. A prisão preventiva e, de outra parte, o processo como instrumento espetacular de estigmatização pública antes da condenação acabaram por tomar o lugar da pena enquanto sanções primárias do delito ou, mais precisamente, do suspeito autor do delito. E o cárcere passou a ser, em muito maior escala, um lugar de trânsito ou de custódia cautelar, como era na Idade Pré-moderna, do que um lugar de cumprimento de pena. De outra parte, paralelamente ao sistema penal ordinário e ao seu desordenado conjunto de garantias, uma ininterrupta tradição policialesca ligada à época pós-unitária, desenvolvida pelo fascismo e posteriormente pela recente legislação de emergência, erigiu, progressivamente, um sistema punitivo especial, de caráter não penal, mas substancialmente administrativo. A propósito, passemos ao amplo leque de sanções extra, ante ou ultra delictum e extra, ante ou ultra iudicium, representado pelas medidas de segurança, medidas de prevenção e de ordem pública e medidas cautelares de polícia, por meio das quais funções substancialmente judiciárias e punitivas são confiadas a órgãos policiais, ou de qualquer modo exercitadas em formas discricionárias ou administrativas" [3].

O garantismo penal, portanto, constitui, em sua essência, fundamentalmente uma couraça protetiva do cidadão contra a verve punitiva do Estado, incrustada nas suas instituições, órgãos e agentes. Daí que Ferrajoli, sem descuidar dos problemas do garantismo penal [4], formata o seu sistema na base de axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, que traduzem garantias penais e processuais penais, sendo eles: A1 *Nulla poena sine crimine*, A2 *Nullum crimen sine lege*, A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, A4 *Nulla necessitas sine injuria*, A5 *Nulla injuria sine actione*, A6 *Nulla actio sine culpa*, A7 *Nulla culpa sine iudicio*, A8 *Nullum iudicium sine accusatione*, A9 *Nulla accusatio sine probatione*, A10 *Nulla probatio sine defensione* [5]. Assim, Ferrajoli denomina *garantista*, *cognitivo* ou *de legalidade estrita* o seu modelo-limite, o qual, consoante faz questão de advertir, é apenas tendencialmente, mas jamais perfeitamente satisfazível.

Como bem dito por Norberto Bobbio no prefácio feito à primeira edição de "Direito e razão", ao elaborar um sistema geral de garantismo, Ferrajoli apostou na construção das vigas-mestras do Estado de direito, tendo por fundamento a tutela da liberdade do indivíduo contra as variadas formas de exercício arbitrário do poder, que se manifesta particularmente odioso no âmbito do direito penal. Para sintetizar, é de se afirmar que o sistema garantista, articulado como está em sólidas premissas, visa assegurar dignidade à existência humana.

Garantismo e minimalismo penal

O Estado deve intervir minimamente na esfera de liberdade do cidadão. O direito penal é a *ultima ratio* do sistema de justiça social e a punição pelo cometimento de crimes deve criteriosa obediência aos ditames do devido processo legal. Nesse sentido, é importante sublinhar que a ideia de garantismo em nenhum momento defende a abolição do sistema penal, mas tão-somente a sua contenção, pois essa é uma maneira de se minimizar o arbítrio estatal.

Embora o sistema criminal apresente falhas e distorções de todo indesejáveis, mormente porque reproduz as inumeráveis injustiças sociais, o garantismo penal não se volta preferencialmente contra tais aspectos, centrando os seus esforços na descoberta de parâmetros que tragam soluções para os principais problemas do direito e do processo penais, para tanto buscando responder com proficiência às quatro perguntas que justificam a punição, a proibição e o julgamento: "se, por que, quando e como punir", "se, por que, quando e como proibir" e "se, por que, quando e como julgar".

O direito penal mínimo empunha potentes armas contra os pensamentos utilitários que levam à formalização de meios penais fortes e ilimitadamente severos (v.g., prisão perpétua e pena de morte). Conforme ressaltado por Ferrajoli, esse padrão utilitário *"deve ser partido ao meio"*, ou seja, deve-se ter em mente que além do máximo bem-estar possível dos não desviantes, a ordem estatal precisa assegurar o mínimo mal-estar necessário dos desviantes [6]. Almeja-se, com isso, tornar vigente *"um direito penal mínimo necessário"*, que inexoravelmente redundará em penas mínimas, a serem aplicadas à luz de critérios humanitários, que são, por definição, critérios *garantistas*, entabulados na Constituição e, por espelho, nas leis infraconstitucionais.

Com isso não se está a descurar do efeito dissuasório (*punitur ne peccetur*) que deve animar a positivação do direito penal. O próprio Ferrajoli justificará o minimalismo nos seguintes termos: *"trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antitético ao delito, que normalmente é negligenciado (...). Este outro mal é a maior reação — informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva mas não penal — que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele"* [7]. Por esse prisma, Ferrajoli sentencia que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas no mesmo passo as injustas punições (reação violenta ao delito), de sorte que tutela tanto a pessoa do ofendido quanto o delinquente, sendo o contrário disso a barbárie.

O minimalismo penal reivindica que o limite máximo das penas não pode violar as razões que justificam a assunção pelo Estado do *jus puniendi* em detrimento das vetustas práticas de vingança privada. O direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, ambas de caráter negativo: a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas [8]. Em outras palavras, a história do direito penal e do seu mais palpável produto, que é a pena, compreende uma longa e permanente luta contra as práticas de vingança, pouco importando se promanadas de indivíduos ou inclusive da entidade estatal.

Garantismo penal versus impunidade

Do que já fartamente assinalamos nesse texto, infere-se que a versão penal do imaginário garantista tem por escopo a tutela do inocente e a minimização da reação estatal ao delito. Desse modo, o garantismo não objetiva e sequer tem vocação para produzir impunidade no seio social, ao contrário do que propalam os seus detratores, carentes de argumentos mais substanciais.

Em verdade, a impunidade é maléfica e possui diversas causas. Nenhuma delas, porém, está ligada ao sentimento garantista, o qual, repita-se, mira objetivos outros, extraídos do paradigma liberal-positivista. Além disso, pode expandir-se em três direções: 1) na tutela dos direitos sociais e não somente dos direitos de liberdade; 2) em contraste com os poderes privados e não

somente com os poderes públicos; e 3) a nível internacional e não somente estatal [9]. Nesse diapasão, cumpre destacar que o garantismo penal definitivamente não rima com impunidade.

Por todo o exposto, ressuma sem sentido a oposição ordinariamente feita entre "garantismo", de um lado, e "punitivismo", do outro, uma vez que a aplicação do direito penal com a respectiva imposição de punição ou sanção ao infrator não pode prescindir do respeito aos postulados garantistas. Trata-se, pois, de um falso dilema, engendrado com a finalidade de justificar plataformas autoritárias.

Não há dúvidas de que o "punitivista" de hoje será o "garantista" de amanhã quando a arbitrariedade punitiva do Poder Público bater a sua porta. Ser garantista, em suma, significa não mais do que respeitar a Constituição Federal — considerada a sua força normativa — e as leis, que a ela devem subserviência.

Conclusão

O garantismo torna o exercício do poder penal mais humano, sendo um dos pilares do Estado democrático de direito. Corolário do modelo garantista, o direito penal mínimo se pauta, dentre outros critérios, na presunção de inocência do acusado até a sentença condenatória definitiva, no princípio *in dubio pro reo* e na interpretação teleológico-restritiva dos tipos penais, opondo-se à irracionalidade do maximalismo penal. É inválido o argumento segundo o qual o garantismo penal semeia a impunidade, de vez que a legitimidade da condenação depende da real observância aos preceitos constitucionais e legais, firmados em bases eminentemente garantistas.

[1] A propósito, o artigo 59 do Código Penal brasileiro diz que o juiz estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime**: as penas aplicáveis dentre as cominadas; a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

[2] Referência a um período de grave agitação social, marcado por desenfreados atos de violência, inclusive com práticas de terrorismo, em que uma juventude radical e desiludida com as condições político-sociais da época resolveu travar uma insana luta antifascista, incorporando, na Itália e em outras partes da Europa, o lema de "fazer justiça com as próprias mãos". A legislação de emergência, assim, surgiu com o fito de conter tais atitudes, sem embargo de ter trazido um sistema punitivo especial, porquanto representado por medidas notadamente de caráter policialesco, infensas ao moderno sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais.

[3] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer Sica et al. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 317-318.

[4] Um deles consiste na elaboração de técnicas jurídicas (garantias ou condições de legitimidade do exercício do poder judicial) no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático, o que pode dar azo à discricionariedade da função judicial, confrontando o poder de cognição com o poder de disposição. Confira-se: FERRAJOLI, op. cit., p. 70-71.

[5] FERRAJOLI, op. cit., p. 91.

[6] FERRAJOLI, op. cit., p. 308.

[7] FERRAJOLI, op. cit., p. 309.

[8] Confira-se, a esse respeito: FERRAJOLI, op. cit., p. 310.

[9] FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Trad. de Alexandre A. de Souza. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 85.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-mai-01/oliveira-neto-desmistificando-garantismo-penal/>