

A falácia do garantismo integral

André Lozano Andrade

O Garantismo Penal surge como uma teoria dedicada a conferir certeza à interpretação e aplicação do Direito Penal por meio de princípios orientadores ao legislador e ao julgador. Busca-se promover maior segurança jurídica, a fim de que o Direito seja aplicado com mais segurança, estabelece critérios materiais às incriminações, fazendo a separação entre Direito e moral;⁽¹⁾ e também legitima possíveis condenações criminais a partir de um processo penal democrático. O processo penal, assim, não seria um instrumento voltado para a condenação do acusado, mas para que os direitos e garantias individuais dos réus sejam materializados.⁽²⁾

A análise do Direito Penal baseada no Garantismo revela critérios de validade da norma penal,⁽³⁾ não bastando apenas uma leitura literal dos dispositivos legais, mas em respeito à Constituição e coerente com o ordenamento jurídico como um todo. Apesar de não bastar uma simples interpretação literal dos dispositivos legais isso não significa que a letra da lei não tenha importância; muito pelo contrário, o texto legal é o primeiro critério orientador para a aplicação do Direito.

Com o estabelecimento de parâmetros de racionalidade, justiça e legitimidade o Garantismo busca reduzir a incidência e irracionalidade do poder punitivo.⁽⁴⁾ Ferrajoli propõe a utilização de critérios de lesividade para criação e interpretação dos tipos penais incriminadores, que indiquem a necessidade de tipificação prévia, que prescrevam que a pessoa só pode ser punida por uma ação ou omissão; veda a responsabilidade penal objetiva, bem como exige um processo com clara diferenciação entre acusador e julgador. A acusação deve ser clara, tendo o acusador o ônus da prova e, por fim, deve haver de defesa técnica qualificada.⁽⁵⁾ Desse modo, cria-se um sistema penal voltado para efetivar garantias para o cidadão.

O objetivo do Garantismo é tornar o sistema penal mais racional e previsível e estabelecer limites ao Estado no momento em que subtrai para si o poder de punir. Isso ocorre pois, ao longo da história, o Estado foi o principal violador de direitos e garantias.⁽⁶⁾ Por meio de um poder punitivo carente de controle é que foram possíveis diversos genocídios, bem como subjugar lideranças populares e reformadoras para impedir a disseminação de novas ideias. Os representantes estatais agiam conforme a lei, fazendo com que seus atos, por mais bestiais e atroz, fossem legitimados. O argumento utilizado é que a repressão buscava salvar a nação ou promover o bem comum.

Nesse sentido, o Garantismo admite que o Estado, quando se fala em sistema penal, quando não controlado, é um obstáculo para a efetivação de direitos e garantias. No momento em que o Estado é responsável pela redução de liberdades – criação de incriminação de condutas – e pela aplicação de sanções, não basta que confiemos na boa vontade de parlamentares, acusadores e julgadores. É preciso definir critérios capazes de restringir a incidência do poder punitivo estatal para que o cidadão não seja massacrado. Ferrajoli admite que a resposta

penal, ou seja, a imposição de uma pena, é necessária, ainda que apenas para evitar a vingança privada, mas que é ilusório acreditar que o sistema criminal, por si só, possa prevenir delitos, sendo mais aptas para tal fim políticas sociais que visem assegurar os mínimos vitais.⁽⁷⁾

A perspectiva garantista penal exige o controle de um poder que tende à irracionalidade e aos abusos. A intenção é impedir que a face violenta do Estado negue direitos às pessoas. É preciso nunca perder de vista que o Estado penal é o Leviatã e, se não controlado, pode ser manipulado para perseguir grupos políticos, religiosos, sociais ou raciais, bem como impedir que direitos e garantias sejam efetivadas.

Evidentemente, os abusos praticados são apresentados revestidos de um discurso legitimador. Para tanto, busca-se inserir a imagem de um inimigo a ser combatido, papel que hoje é representado pelo traficante, ladrão ou político corrupto.

Apesar do vasto material histórico comprovando que o sistema penal é utilizado para perseguir e restringir direitos, há uma corrente que se apropria do termo *Garantismo* para propor uma leitura que subverte os seus princípios e conceitos. Essa corrente, denominada “Garantismo Penal Integral”, defende a implementação de justiça social por meio do sistema penal, advoga que as garantias devem servir para toda a sociedade, inclusive para as vítimas, propondo a redução de direitos processuais e relativização de nulidades. Ou seja, os autores entendem que eventuais abusos ou atuação contrária às leis por agentes estatais seriam aceitáveis em nome da proteção da sociedade, nada muito diferente do que ocorreu em regimes totalitários ao longo da história.

O garantismo integral parte do pressuposto de que houve uma evolução na proteção de Direitos Humanos, de modo que “a teoria garantista não existe apenas para a proteção de interesses e direitos fundamentais individuais”.⁽⁸⁾ Antes restritos a meras obrigações de não fazer, para que o Estado deixasse de promover abusos contra o cidadão, os Direitos Humanos passaram a englobar também a busca pela concretização de direitos sociais e supraindividuais.

De fato, a relação entre Estado e Direitos Humanos mudou com o surgimento dessas novas dimensões de proteção. Se antes o Estado tinha apenas obrigações negativas, a evolução histórica e o surgimento do Estado de bem-estar social acarretaram novas obrigações positivas ao Estado,⁽⁹⁾ como proporcionar educação, lazer, acesso à saúde. Para tanto, este dispõe de meios jurídicos e extrajurídicos para aplicar políticas públicas ou dar acesso a direitos ao cidadão e à coletividade.

No entender dos adeptos do Garantismo Penal Integral a pena tem função dissuasória, ou seja, baseiam-se na função de prevenção geral negativa. Mais que isso, entendem que a busca pela efetivação e proteção de direitos se dê por meio do sistema penal,⁽¹⁰⁾ sem atentar que existem outros meios

mais adequados para evitar a prática de delitos. Com isso, fica claro o afastamento entre o Garantismo Penal Integral e **Ferrajoli**, que entende que o Direito Penal não pode “*produzir magicamente o desaparecimento da delinquência*”,⁽¹¹⁾ mas que “*a verdadeira prevenção da delinquência é uma prevenção pré-penal, bem mais do que penal*”.⁽¹²⁾

O sistema penal somente atua após a prática do crime, ou seja, quando o direito da vítima ou o bem jurídico tutelado pela norma penal já pereceu. Dessa forma, somente seria concebível se falar em proteção da sociedade por meio da criminalização de condutas caso haja evidências que demonstrassem que a prevenção geral negativa funciona, o que não parece ser o caso.⁽¹³⁾ Até mesmo **James Wilson**, um dos autores que inspira a doutrina de Lei e Ordem, admite que a pena ou novas criminalizações não exercem efeito relevante no que se refere à redução da prática das condutas.⁽¹⁴⁾

Quando se fala em proibição de proteção deficiente, tenta-se trazer elementos que estão fora do Direito Penal. São objetos e valores que devem ser protegidos e implementados por políticas públicas capazes de afetar de forma positiva a vida do cidadão, com o objetivo de garantir acesso à cidadania.

Trazer esse conceito para o Direito Penal como mandados de criminalização não apenas foge do objetivo que se deseja dar ao termo proibição de proteção deficiente, como ainda causa o efeito contrário, já que, por meio da expansão do sistema penal, são retiradas garantias sem comprovação de eficácia dessas medidas, jogando por terra a ideia do Direito Penal mínimo defendido por **Ferrajoli**.⁽¹⁵⁾

A utilização do sistema penal para proteção de direitos supraindividuais mostra-se menos eficaz que outras esferas, pois o Direito Penal apenas impõe uma pena e, através da utilização de outros meios extrapenais, pode-se reparar ou reduzir o dano, o que não é viável por meio do processo penal.

Merece destaque a forma como os defensores do garantismo integral utilizam o acusado pela prática de delitos econômicos – o qual pode ser visto como o atual inimigo da sociedade. Propõe-se o combate ao crime dos poderosos, pois esses causam males muito maiores do que aqueles gerados pela criminalidade comum. Para que essas pessoas sejam punidas, defende-se a relativização de garantias e a flexibilização das nulidades.

O Garantismo Penal Integral propõe a interpretação das normas penais contra o acusado, com o objetivo de proteger a sociedade por meio do encarceramento, ou de procedimentos investigatórios por órgãos sem competência normativa ou qualquer fiscalização.

Para essa finalidade, defendem até mesmo o afastamento do princípio da taxatividade e anterioridade da lei penal,⁽¹⁶⁾ propondo uma leitura dos princípios a fim de aumentar a incidência da norma penal, o que é claramente refutado pelo Garantismo Penal.⁽¹⁷⁾ Propõe, ainda, contrariar dispositivo expresso e claro da Constituição para viabilizar a execução penal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e relativização de nulidades que, a grosso modo, é uma ilegalidade ou “*fraude processual a serviço do punitivismo*”.⁽¹⁸⁾

As teses do garantismo integral colidem com os

princípios garantistas forjados por **Ferrajoli**, que buscam reduzir a arbitrariedade estatal. Utilizar o termo Garantismo é uma inversão do discurso, pois as medidas propostas pelo garantismo integral aumentam a arbitrariedade ao alcance do poder penal. Utilizam indevidamente um nome atraente para um Direito Penal autoritário, trazendo como isca delitos que causam grande indignação. Em verdade, estamos tratando do canto da sereia, da utilização de um discurso de defesa dos direitos humanos para atacar direitos,⁽¹⁹⁾ pois, apesar do discurso sedutor sobre moralização política, serão poucos os empresários e políticos punidos; essas medidas legitimarão um sistema injusto e excludente, sendo os pobres, pretos e periféricos que mais sofrerão com essas propostas.

Com o discurso dos adeptos do Garantismo integral, tenta-se legitimar o desrespeito às regras democráticas e à Constituição Federal, como o devido processo legal e a taxatividade. Inverte-se o ônus da prova, afasta-se o *in dubio pro reo* e coloca-se novamente o acusado na posição de objeto do processo, sendo este mero expediente para legitimar sua punição.

Ao contrário do defendido pelos adeptos do garantismo integral, essa corrente não é um complemento da obra de **Ferrajoli**, mas a apropriação indevida do nome de sua teoria com o fim de legitimar um sistema penal autoritário e sem controle dos órgãos acusatórios.

Notas

- (1) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 208.
- (2) ABI-ACKEL TORRES, Henrique. *Política criminal contemporânea: o discurso populista na intervenção punitiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 168 e 169.
- (3) FERRAJOLI, op. cit., p. 422/425.
- (4) Idem, ibidem, p. 785.
- (5) Idem, ibidem, p. 91.
- (6) ABI-ACKEL TORRES, op. cit., p. 172.
- (7) FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Trad. Sérgio Lamarão. *Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 19, n. 21-22. p. 117-127, p. 124.
- (8) FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. *Garantismo penal integral*. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-77, p. 39
- (9) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 29-30.
- (10) FISCHER. *O que é garantismo?...*, p. 34.
- (11) FERRAJOLI, *Democracia e medo...*, p. 119.
- (12) Idem, ibidem, p. 125.
- (13) HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la pena*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: Julio César Fara, 2006. (Maestros del derecho penal, 14). p. 45-82, p. 60-61
- (14) WILSON, James Q. *Thinking about crime*. New York: Basic Books, 2013. p. 107.
- (15) FERRAJOLI. *Direito e razão...*, p. 786.
- (16) Fischer. *O que é garantismo?...*, p. 55-73.
- (17) FERRAJOLI. *Direito e razão...*, p. 351.
- (18) LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1137
- (19) BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: 2009. p. 125.

André Lozano Andrade
Mestrando em Direito Penal pela PUCSP.
Membro do IBCCrim. Advogado.
andre@jacoblozano.com.br