

## **GARANTISMO PENAL INTEGRAL OU DEFENSIVISMO *DIET* ?**

Elmir Duclerc,

Promotor de Justiça Criminal em Salvador-BA, Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá-RJ, Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes-RJ, Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal da Bahia, Presidente do Instituto Baiano de Direito Processual Penal -IBADPP.

Sumário: 1 Introdução. 2 As teses centrais do “garantismo penal integral”. 3 O que é garantismo penal. 4 Um único garantismo. 5 Garantismo integral e “defensivismo diet”. 5 Conclusão.

### **1. Introdução.**

Sistema integrado e axiomático de garantias, postas à disposição do indivíduo para proteger a sua liberdade contra o arbítrio punitivo do Estado. Há alguns anos, tornou-se conhecida no vocabulário dos juristas a expressão “garantismo”, em referência a essa forma específica de conceber o direito penal e o direito processual penal.

Assim concebido por Luigi Ferrajoli no seu magnífico *Direito e razão*, O garantismo penal, encontrou no Brasil solo fértil, logo nos primeiros anos que se seguiram à redemocratização do país e ao fim de um regime ditatorial em que não fazia muito sentido sequer falar ou pensar num direito *legítimo*, que guardasse qualquer coerência com os cânones de uma constituição democrática ou de documentos internacionais de direitos humanos. Nesse passo, aliás, é impossível dissociar o garantismo penal do resgate da própria idéia de constituição, como *locus* de onde devem emanar os princípios condicionantes de toda a atividade de produção e reprodução do

jurídico, pelo menos no marco do moderno Estado Democrático de Direito.

Além disso, é importante deixar registrado que a difusão das idéias de Ferrajoli no Brasil decorre diretamente da reação de alguns setores do pensamento penal pátrio contra o crescimento sem limites da violência dos sistemas de punição e de seu inequívoco compromisso com um determinado modelo de organização social que fomenta e se retro-alimenta de processos de exploração, exclusão e concentração, impondo à presente e futuras gerações um modelo de geografia humana cada vez mais pautado na dicotomia centro-periferia, em total descompasso, portanto, com qualquer ideal individual e coletivo de vida boa, liberta ou emancipada.

Será sempre muito difícil medir até que ponto a penetração do garantismo no Brasil influenciou os níveis reais de ataque à liberdade ambulatoria por parte do Estado, mas é inegável que o forneceu, quando nada, um discurso dogmaticamente poderoso, capaz de fazer-lhe resistência à irracionalidade punitivista.

Interessante perceber, aliás, como a obra de Ferrajoli foi capaz de dividir, de um lado, defensores quase religiosamente comprometidos e críticos não menos determinados, quase sempre animados por uma espécie de rejeição atávica e ignorante a qualquer perspectiva de redução da violência punitiva.

Muito recentemente, entretanto, temos visto surgir outro tipo de reação, mais inteligente e sofisticada, vinda de autores que se deram ao trabalho de estudar a obra de Ferrajoli e reconhecem os seus méritos, mas reclamam contra o que chamam de sua utilização “hiperbólica”, defendendo, em contrapartida, um certo “garantismo penal integral”. Em suma, o que se sustenta é que o garantismo, tal como recepcionado no Brasil, estaria produzindo um desequilíbrio no sistema de justiça penal, dando excessiva ênfase à proteção de direitos fundamentais individuais em detrimento de interesses públicos e coletivos.

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar criticamente os argumentos e compreender o pano de fundo ideológico por trás desse movimento, digamos assim, neoconservador, do pensamento penal pátrio.

Nessa linha de pensamento, as hipóteses que pretendemos demonstrar são as seguintes:

a) a proposta de um "garantismo integral" em oposição ao "garantismo hiperbólico" carrega consigo uma falácia, já que a teoria do garantismo penal de Ferrajoli, e a própria noção de "garantia" por ele utilizada supõem um equilíbrio entre o interesse público em punir delitos e os direitos fundamentais dos acusados;

b) a proposta atenta contra a integridade da (única) teoria do garantismo penal, tal como formulada por Ferrajoli, apropriando-se do que nela se aproveita em termos de legitimação do poder punitivo, esvaziando, entretanto, o seu potencial de proteção à liberdade do indivíduo, com o sério risco de reduzir-se a uma novíssima versão da ideologia defensivista, perigosamente disfarçada de garantismo penal.

## **2. As teses centrais do "garantismo penal integral".**

Cumpre-nos, inicialmente, trazer a lume de forma mais detalhada as teses centrais desse "novo tipo" de garantismo, a partir do pensamento de um dos seus principais cultores no Brasil, para quem:

A) "Todavia, "*garantismo penal*" – pelo menos em nossa ótica e, segundo compreendemos, também na de Ferrajoli – não é um marco teórico calcado *exclusivamente* na premissa sintetizada acima. Louvamos e defendemos abertamente a proteção dos *direitos* fundamentais *individuais*, mas a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (não se olvide dos *coletivos e sociais*), também deveres (que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil), e está calcada em inúmeros princípios e valores que *não* podem ser esquecidos ou relegados

se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão *sistêmica e integral* dos comandos da Carta Maior.”<sup>1</sup>

B) “(...) em doutrina e jurisprudência, têm-se difundido os *ideais garantistas* sem que se analise pelo menos de um modo minimamente dogmático o que, efetivamente, significa *garantismo penal*. É a *íntegra* de seus postulados (devidamente concatenados) que pretendemos seja aplicada (porque assim a Constituição determina), e não o que tem havido em muitas situações (valorizando-se *unicamente* direitos *individuais* fundamentais) e que temos denominado de *garantismo hiperbólico monocular*, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli (ao menos na leitura que fizemos de seu *integral* pensamento).”<sup>2</sup>

C) “Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos *integrais* do sistema garantista.”<sup>3</sup>

D) “Em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas*, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a *eficiência e segurança*.”<sup>4</sup>

E) “Em síntese, do *garantismo penal integral* decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o *garantismo* impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na

---

<sup>1</sup> FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)*.

<sup>2</sup> *Op. cit.*

<sup>3</sup> *Op. cit.*

<sup>4</sup> *Op. cit.*

Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre recorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de *direitos fundamentais individuais* implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de *garantismo penal hiperbólico monocular*: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos, o que, como visto, *não é e nunca foi* o propósito único do *garantismo penal integral*.<sup>5</sup>

Para chegarmos a qualquer diagnóstico sobre a verdade ou falsidade das hipóteses que nos propomos demonstrar, será necessário, obviamente, recuperar brevemente algo do pensamento original de Ferrajoli em suas linhas mais gerais e, acima de tudo, de suas bases de sustentação filosófica, tal como emergem do enfrentamento da questão central sobre o que legitima, no moderno Estado Democrático de Direito, a punição das pessoas consideradas culpadas de um delito qualquer.

É o que pretendemos fazer nas linhas que seguem.

### **3. O que é garantismo penal.**

Como sabemos, Ferrajoli descarta qualquer justificação retribucionista da pena (pena como um fim em si mesmo), para abraçar uma concepção de cunho utilitarista (pena como meio para um fim).

As doutrinas utilitaristas, por sua vez, estão todas unidas por um traço comum: *“La concepción de la pena como medio, más que como fin o*

---

<sup>5</sup> FISCHER, Douglas. *Op. cit.*, p. 32.

*valor [...]*”<sup>6</sup>. O problema, todavia, é que, partindo-se da idéia clássica de utilitarismo como *a maior felicidade possível, compartilhada pelo maior número possível de pessoas*, as doutrinas utilitaristas da pena acabam levando em conta apenas a felicidade na forma de *maior segurança possível* para a maioria composta pelos não desviados, em detrimento do “*mínimo sufrimiento necesario que haya que infligir a la minoria formada por los desviados*”.<sup>7</sup>

Sob essa ótica, portanto, a utilidade da pena seria basicamente a de prevenir novos crimes, e esse é o traço comum que une as conhecidas doutrinas da prevenção geral (positiva ou negativa) e da prevenção especial (positiva ou negativa), que não asseguram absolutamente o pretendido equilíbrio na conta de custos e benefícios da manutenção do sistema, mas, antes, têm servido de fundamento para sistemas de direito e processo penal autoritários.

Dessa forma, o que se faz necessário, para Ferrajoli, é uma mudança de foco no que se refere ao próprio conceito de utilitarismo, entendido, ainda, como máxima segurança para a maioria não desviada, mas sem abrir mão, também, de um mínimo sofrimento necessário para a minoria desviada. Assim, o que justifica a pena, em última análise, seria a sua função dissuasória, associada à necessidade de evitar vinganças desproporcionais ao criminoso.

Por essa via, note-se bem, seria alcançado equilíbrio na relação custo/benefício da intervenção penal, com a imposição de certos limites ao poder punitivo, mediante de um sistema de garantias penais e processuais penais, compondo um sistema de axiomas nos termos seguintes:

- 1) *nulla poena sine crimen* (princípio da retributividade);
- 2) *nullum crimen sine lege* (princípio da estrita legalidade);

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 258.

<sup>7</sup> Op. cit, p. 261.

- 3) *nulla lex (pœnalis) sine necessitate* (princípio da economia do direito penal);
- 4) *nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade);
- 5) *nulla injuria sine actione* (princípio da exterioridade da ação);
- 6) *nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal);
- 7) *nulla culpa sine iudicio* (princípio da estrita jurisdicionalidade);
- 8) *nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre acusação e juiz);
- 9) *nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova para a acusação);
- 10) *nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório).

A partir dessa base axiomática, sustenta Ferrajoli que, enquanto o modelo garantista pode ser definido como um modelo de *direito penal mínimo*, os outros (aos quais falte algum dos axiomas acima) constituiriam modelos de *direito penal máximo*, levando-se em conta a maior ou menor proteção dos cidadãos em relação ao poder punitivo do Estado.

#### **4. Um único garantismo.**

A essa altura já temos condições de fazer um diagnóstico das teses centrais do "garantismo integral" e perceber a sua falácia fundamental, isto é, a sua tese de que o poder punitivo precisa também de "garantias".

Como vimos nos escritos do próprio Ferrajoli, isso é falso. O poder punitivo constitui, por si, o elemento de que dispõe o estado para manter a segurança pública. Quem precisa das garantias é o indivíduo (o mais fraco). A própria noção de garantia já supõe, portanto, um poder punitivo (*poena*) que, não obstante, só pode atuar legitimamente em dadas circunstâncias (*crimen, necessitas, injuria, actio, culpa, iudicio* etc).

É isso que sustenta Ferrajoli de forma clara, cristalina, insofismável, e é isso que reproduzem, no Brasil, os simpatizantes do

seu pensamento. Qualquer outra interpretação implica subversão radical dos fundamentos da teoria.

Dessa forma, parece mesmo que o garantismo, na sua forma original, já seria "integral", e o reclame em favor de garantias *pro* poder punitivo resultará sempre na sua "desintegração", produzindo, aí sim, um desequilíbrio na relação de forças (estado x indivíduo) e dando fundamento, por conseqüência, a sistemas de "direito penal máximo".

Em síntese, o que se chama de "garantismo penal integral" é a negação, sutil, mas "integral", do garantismo de Ferrajoli.

### **5. Garantismo integral e defensivismo “diet”.**

O mais grave, entretanto, é que as teses do “garantismo penal integral” incorporam, de forma não declarada, aspectos centrais do discurso *defensivista*.

Como se sabe, deve-se principalmente ao pensamento de Marc Ancel, Dorado Montero e Filippo Gramática a instituição da linha de política criminal que se convencionou chamar *nova defesa social*, tributária, em alguma medida, do velho positivismo perigosista, embora inspirada numa espécie de (mal disfarçado) paternalismo. Dessa mistura resultou uma tentativa de equilibrar teses do positivismo com o discurso de defesa dos direitos humanos, tudo isso, note-se bem, com base numa ficção de estado racional que só admite conceber o crime como uma decisão livre e autônoma do sujeito (que reclama, pois, por retribuição).

É bem verdade que o argumento do "garantismo penal integral" supera em muito a ingenuidade das teses da nova defesa social, que, embora fortemente presente no senso comum que orienta a política criminal da atualidade, já não se sustenta minimamente nos dias atuais, pelo menos como referencial teórico sério para o estudo do direito penal.



Mas isso não significa que os seus ecos não se façam ouvir ainda hoje, em concepções mais elaboradas de política criminal, tributárias da sociologia funcionalista de Luhmann, e que dão fundamento ao chamado “direito penal do inimigo”, de Jakobs e Lesch, para quem o indivíduo somente adquire o status de “pessoa”, e torna-se merecedor da proteção do estado, quando “aceita” a ordem constituída.

## **5. Conclusão.**

A aproximação das teses do “garantismo integral” com as teses da defesa social não é evidente, mesmo porque não é afirmada ou mesmo sugerida por seus cultores. Mas uma análise mais apurada nos permite ver alguns incômodos traços comuns.

Veja-se, por exemplo, a preocupação de que outros interesses (segurança pública, sobretudo) estejam sendo negligenciados por conta de um garantismo "monocular" e "hiperbólico". Percebe-se, nesse ponto, uma inexplicável resistência aos dados da realidade, que apontam para uma evolução galopante da população carcerária no Brasil, trazendo como conseqüências: a) a deterioração das condições de cumprimento das penas e das prisões processuais; b) o surgimento de organizações criminosas de dentro para fora do cárcere; c) os altíssimos índices de reincidência produzidos pela política de encarceramento.

Assim, não nos parece exagero afirmar que o discurso "integral" se aproxima mais das tendências autoritárias do que propriamente do garantismo penal (puro e simples) de Ferrajoli.

Obviamente, pode-se objetar que o próprio Ferrajoli fala de um "garantismo positivo", mas quem tiver o cuidado de ler os capítulos finais da sua obra verá que o que ali se contém é apenas um ensaio sobre o uso "positivo" de garantias, isto é, não como vedações ao poder ao estatal, mas como sanções (não penais) para a sua inação na área de direitos fundamentais prestacionais. Trata-se, portanto, de um garantismo que não é e não pretende ser “penal”.

Vê-se, pois, como o discurso do “garantismo penal integral” se aproveita dos elementos mais atraentes do modelo garantista para mesclá-lo com traços do defensivismo social, resultando daí, como denunciado quase profeticamente pelo próprio Ferrajoli, uma concepção “de direito penal máximo”, em que os elementos garantistas perdem totalmente o sentido e só servem como disfarce ideológico para ocultar aquilo que há de mais sombrio na história da defesa social (sua vinculação a regimes autoritários e racistas, por exemplo), deixando-a intocada, contudo, na sua essência.

#### REFERÊNCIAS

DUCLERC, ELMIR. *Direito processual penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?*. Disponível em: <[http://www.metajus.com.br/textos\\_nacionais/texto-nacional37.html](http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional37.html)>