



CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES

## **O Garantismo Penal em face do poder punitivo do Estado**

Breno Malta Rosa de Oliveira<sup>1</sup>

Orientador: Lucas Augusto Tomé Kannoa Vieira<sup>2</sup>

Resumo: O trabalho tem como tema o Garantismo Penal em face do poder de punir do Estado. O objetivo geral do trabalho é demonstrar que há uma grande necessidade da aplicação do Garantismo Penal na investigação, processamento e julgamento do qualquer indivíduo. De modo mais específico, o trabalho tende a conceituar o Garantismo Penal, mostrar os 10 axiomas que regulam o Direito Penal e Direito Processual Penal e distinguir as duas vertentes do Garantismo Penal, a integral da hiperbólica monocular. A metodologia foi baseada em uma pesquisa bibliográfica e qualitativa, que buscou doutrinas, legislação e artigos científicos que trataram do tema proposto. Os resultados alcançados demonstraram, claramente, que o Garantismo Penal é necessário no Direito Penal e Processual Penal brasileiro, sendo o limitador imposto ao Estado, para que não haja excessos na função de punir o indivíduo que praticou crimes.

Palavras-chave: Garantismo Penal. Princípios do Direito Penal. Garantismo integral. Garantismo hiperbólico monocular.

### **1 Introdução**

O Garantismo Penal é entendido como o conjunto de teorias que cercam o Direito Penal e o Direito Processual Penal estabelecidas pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli. Garantismo possui como significado a proteção daquilo que se encontra positivado. Deve-se atentar que o Garantismo não é apenas legalismo, mas sua fundação é no axioma de um Estado Democrático de Direito.

Atualmente, os sentenciados não possuem um cumprimento de pena que seja eficaz ao ponto de evitar o cometimento de novos delitos, fazendo com que, muitas das vezes, voltem a cometer crimes mais gravosos. E, mesmo após o cumprimento integral da pena, ainda serão vistos como ex-delinquentes, resultando em uma enorme dificuldade para que haja a reinserção do condenado na sociedade.

É, ainda, encontrado um novo problema quanto à fase de investigação e processamento do acusado, sendo, em alguns casos, violados direitos fundamentais do acusado.

<sup>1</sup> Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves

<sup>2</sup> Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara com a distinção acadêmica magna cum laude(2016); possui graduação em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (2011); Técnico em Administração de Empresas pela Escola Técnica de Formação Gerencial - SEBRAE-MG (2006); e Advogado Militante.

Partindo-se do pressuposto de que o Estado deve ser o garantidor dos princípios que norteiam o devido processo legal e a presunção de inocência até o trânsito em julgado, o artigo visa demonstrar por que o Garantismo Penal se faz necessário para que haja uma eficaz e proporcional penalização do réu, conceituando o Garantismo Penal e seus 10 axiomas que regulam o Direito Penal e o Direito Processual Penal, em face das suas duas interpretações, sendo ele em sua modalidade integral ou hiperbólica monocular.

## **2 Garantismo Penal em face do poder punitivo do Estado**

O Garantismo surge como forma de se valer de direitos previstos nas constituições, visando ir de encontro com tantas barbáries cometidas, principalmente, aos menos favorecidos e mais desprotegidos, antes de se considerarem qualquer noção de direitos humanos.

Douglas Fischer (2006) explica a origem do Garantismo da seguinte forma:

A teoria do garantismo penal defendida por Luigi Ferrajoli é originária de um movimento do uso alternativo do direito nascido na Itália nos anos setenta por intermédio de juizes do grupo Magistratura Democrática (dentre eles Ferrajoli), sendo uma consequência da evolução histórica dos direitos da humanidade que, hodiernamente, considera o acusado não como objeto de investigação estatal, mas sim como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, que passa a ter o poder-dever de protegê-lo, em qualquer fase do processo (investigatório ou propriamente punitivo). (p. 2).

O Direito Penal possui um forte caráter interventor, afetando, de forma direta, a vida do cidadão. Por isso, é necessário um controle, uma limitação e uma restrição de como e quando o Estado deve agir, devendo ser mínima sua intervenção. O Estado deve se valer do Direito Penal para agir apenas quando houver uma clara necessidade, quando há risco a algum bem extremamente importante ao homem ou quando todas as políticas criminais se esgotarem e, não havendo outro meio, para que seja mantida a paz social e a vida em sociedade.

O Garantismo Penal surge no fim do século XX, mas possui suas raízes fixadas no iluminismo do século XVIII.

O jurista italiano Luigi Ferrajoli (2010) se preocupou em elaborar uma teoria em que fosse estipulado um tratamento igualitário para o cidadão antes, durante e depois do processo, inclusive, na condenação. Ferrajoli (2010) deu três significados ao Garantismo Penal em sua obra intitulada “Direito e Razão”, que retrata um equívoco na teoria de Hans Kelsen, pois uma norma terá sua confirmação de

validade se estiver de acordo com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O primeiro significado:

Garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (2010, p.786).

Desse modo, tenta-se buscar a diminuição do poder do Estado em punir o indivíduo, maximizando a liberdade, conforme é pautada a Constituição brasileira.

O segundo significado se baseia no direito e uma crítica ao direito.

Garantismo designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (2010, p.786).

Essa definição remete a disparidade existente entre a forma em que se deveria aplicar a norma e forma real em que é aplicada, interpretada como antinomia, ou seja, uma contradição entre as duas proposições filosóficas, sua validade e efetividade.

O terceiro significado, Ferrajoli relaciona a filosofia do direito com a política.

Garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (p.787).

Esse significado se distingue dos outros por sua característica baseada na filosofia. Há uma tentativa de separação entre o direito e moral, o que é válido e o que é justo.

Na obra de Luigi Ferrajoli (2010), “Direito e Razão”, o Garantismo Penal deverá estabelecer parâmetros constitucionais aplicados no Direito Penal e no Direito Processual Penal. Não há dúvidas que a Constituição Federal brasileira tenha suas raízes fixadas em um meio garantista. Sendo, portanto, fácil identificar os axiomas do Garantismo Penal com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal brasileira.

### **3 Axiomas reguladores do Direito Penal e Direito Processual Penal presentes no Garantismo Penal**

É inegável a importância dos Princípios processuais quando se fala em fundamentar uma decisão judicial, pois podem ser considerados como elementos integradores do Direito, servindo ao Garantismo Penal como forma de legitimar as normas derivadas.

Sendo assim, percebe-se a necessidade de haver limitações para o estado quando se fala em punição e repressão, acontecendo por meio dos princípios, que nada mais são que garantias limitadoras do poder estatal. Esses princípios são considerados axiomas, definidos e explicitados na Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli (2014, p.91). São eles:

#### **3.1 O princípio da legalidade**

Possuindo um papel de destaque na trajetória garantista. Ferrajoli (2010) dividiu o princípio da legalidade em duas vertentes, sendo o princípio da legalidade ampla, onde o juiz pode estabelecer como delito algo que se reservava ao legislador; e o princípio da legalidade em seu sentido estrito, que, em matéria penal, somente o legislador pode intervir na prevenção ou punição de crimes.

O princípio da legalidade é tipificado no art. 1º do Código Penal Brasileiro e art. 5º, inciso XXXIX da Constituição brasileira:

Art.1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há

crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

### **3.2 Princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal**

Dispõe sobre o fato de que para que se recorra ao Direito Penal deva haver uma clara e absoluta necessidade, devendo esgotar os demais meios de resolução de conflitos para que, não resolvendo o problema, acione o Direito penal como interventor direto.

### **3.3 Princípio da retributividade ou consequência da pena**

É a expressa demonstração da necessidade do Direito Penal, sendo contrária, portanto, a ideias abolicionistas. Segue o exercício da jurisdição, pois se a finalidade da sanção penal é restauração da ordem social e a reinserção do indivíduo na sociedade de maneira eficaz, se faz de grande necessidade a análise para identificar se não há somente uma perseguição ao indivíduo.

### **3.4 Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento**

Traz a ideia de que o Direito Penal deve se ocupar de questões que atinjam a ordem social, ou seja, a conduta praticada que viola algum bem deve ultrapassar a esfera individual. Vale ressaltar que, nesse ponto, não é minimizado o fato de autolesão, pois será tratado por outras áreas do direito. O princípio apenas discorre que para efetiva lesão ou ofensa a um bem protegido, deverá haver uma ofensa a ordem social, para que assim, o Direito Penal seja usado como último recurso.

### **3.5 Princípio da materialidade ou exterioridade de ação**

É necessário que haja a real conduta do indivíduo, não sendo suficiente apenas o “querer da ação”, mas a efetiva afronta ao bem jurídico.

O penalista Luiz Flávio Gomes (2006) diz:

A mera subsunção (formal) do fato à descrição típica não é suficiente para fundamentar a incriminação, muito menos para impor sanção penal. Para a existência de um delito, destarte, segundo a concepção constitucionalista que sustentamos, já não basta a mera adequação da conduta aos enunciados verbais, senão uma violação efetiva do bem protegido e desde que essa ofensa seja objetivamente imputável ao risco proibido criado. A subsunção formal da conduta ao tipo legal é necessária, porém, não suficiente (p.101).

### **3.6 Princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal**

Também denominado princípio da intranscendência ou da pessoalidade ou, ainda, personalidade da pena.

A responsabilidade do delito incide sobre o autor da ação, devendo ser limitado ao sujeito da ação.

Esse princípio se encontra tipificado no art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

### **3.7 Princípio da jurisdicionariade**

Com a finalidade de atingir aplicadores do direito, sendo uma limitação e garantia visando obter condições necessárias para condenação ou absolvição do acusado em um processo criminal, na qual as penas impostas devem ser de jurisdição de pessoa competente, à luz de normas presentes na Constituição Federal.

### **3.8 Princípio acusatório ou da separação do juiz e da acusação**

Visa permitir que haja um diálogo entre as partes, buscando uma relação que evite arbitrariedades por parte do juiz. Logo, o princípio acusatório tem como principal finalidade evitar que a acusação e quem julga se confundam.

### **3.9 Princípio do encargo da prova**

Não caberá ao réu provar os fatos que o acusam, mas caberá a quem acusa comprovar tais fatos.

### **3.10 Princípio do contraditório ou ampla defesa**

É o fato de poder ir contra os fatos apresentados no processo. Deve, o réu, ter ciência ampla de todos os fatos que o mesmo é acusado.

Roberto Rosas (1997) explica nos seguintes termos:

É uma garantia político-constitucional do indivíduo. É um meio técnico de que a lei se vale para a condução do processo e garantir os fins da justiça. As partes interessadas é que devem fornecer a matéria de fato válida, a definir a instrução. (p. 48)

Entendido o que é Garantismo Penal e seus axiomas reguladores, o artigo tratará das duas vertentes apresentadas de formas distintas do que seria a aplicação prática do Garantismo.

#### **4 O Garantismo Penal na sua forma integral e na sua forma hiperbólica monocular**

Pode-se dizer que o Garantismo Penal é uma característica constitucional aplicada no direito penal e no direito processual penal. A teoria abordada no trabalho trata de toda a integralidade trazida por Luigi Ferrajoli (2010), idealizador da teoria do Garantismo Penal.

Entretanto, houve uma subdivisão do Garantismo penal, sendo constituído na sua integralidade ou em seu aspecto hiperbólico monocular. Hiperbólico, pois, é apresentado de forma ampliada e desproporcional, e monocular, porque enxerga apenas direitos do réu.

Perfecto Andrés Ibáñez (2005) diz:

Se deve buscar uma estratégia baseada no respeito das regras constitucionais do jogo em matéria penal e processual penal e, de forma geral, no estabelecimento de um regime de garantias para a *totalidade dos direitos fundamentais* como um modo de sedimentar a democracia (p.60).

É apresentada pelo próprio Luigi Ferrajoli (2004), a ideia de se exaltar o fato das garantias serem verdadeiras técnicas insertas no ordenamento jurídico que tem por finalidade a redução entre a normatividade e a efetividade, possibilitando a plena efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Quando se fala em garantias fundamentais, deve-se levar em conta a necessidade do Estado em garantir ao cidadão sua eficácia e segurança.

É importante salientar que o dever de garantir segurança não está apenas no fato do estado em prevenir condutas que atentem contra direitos fundamentais de terceiros, mas que haja uma investigação e punições dos responsáveis pelo delito.

Miguel Carbonell (2005) traz importantes considerações a cerca do tema:

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones [...], sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho (p.194).

O Garantismo Penal não deve se limitar a uma visão que vise coibir apenas excessos praticados pelo Estado. Gilmar Mendes (1999) diz que os direitos fundamentais não possuem apenas um caráter interventor, mas, também, um caráter protetivo, determinando não apenas uma proibição de excessos, como também uma proibição de omissão. Ele ainda faz um paralelo com a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, estabelecendo uma classificação do dever de proteção como um dever de segurança, sendo imposto ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra as ameaças de terceiros.

Quando tratado na sua aplicação hiperbólica monocular, o Garantismo penal é incorreto, tendo em vista que a Constituição brasileira prevê a necessidade da proteção de determinados bens jurídicos e de proteção da sociedade e de indivíduos que estejam sendo acusados, deixando clara a imprescindibilidade da observância do sistema integral das garantias fundamentais. É, ainda, caracterizado por uma forte distorção da verdadeira teoria garantista, tendo sua aplicabilidade prejudicada.

O Garantismo em sua forma hiperbólica monocular é usado de forma desproporcional e exagerado, assegurando, apenas, para uma das partes do processo, direitos e garantias. É uma visão com clara parcialidade da situação, onde se aplica os direitos e garantias do réu e restringe os direitos e garantias da vítima.

Douglas Fischer (2006), diz que:

Parece bastante simples constatar que a Teoria do Garantismo se traduz em verdadeira tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do Direito Penal. Vale dizer: quer-se estabelecer uma imunidade – e não im(p)unidade – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses coletivos.(8) Se todos os Poderes estão vinculados a esses paradigmas – como de fato estão –, especialmente é o Poder Judiciário que tem o dever de dar garantia aos cidadãos (sem descurar da necessária proteção social) diante das eventuais violações que eles virem a sofrer. Desse modo, a sujeição do juiz à lei não mais é – como sempre foi pelo prisma positivista tradicional – à letra da lei (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acríptico e incondicionado, senão uma sujeição à lei, desde que coerente com a Constituição vista como um todo. (p. 3).

Não há dúvidas que a proteção do mais fraco é um dos pilares do Garantismo Penal, mas não poder é única parte e nem a com maior importância. O equilíbrio é

necessário nas relações que envolvem o Garantismo Penal. Douglas Fischer (2006) diz que na compreensão integral dos postulados garantistas, o Estado não deve se atentar apenas na aplicação dos direitos fundamentais, mas, também, que se garanta a eficácia da punição e segurança do cidadão. A garantia de segurança não é somente coibir condutas criminosas, mas a apuração e punição dos responsáveis.

Sendo assim, quando se fala em aplicação do Garantismo Penal, o Estado deve se atentar, não somente ao fato de garantir a aplicação das normas e direitos fundamentais, respeitando os princípios do direito penal e processual penal, mas, também, garantir que haja uma penalização justa e eficaz, resguardando ao cidadão sua segurança.

## **5 Considerações Finais**

Na teoria de Luigi Ferrajoli, o Garantismo Penal deverá estabelecer parâmetros constitucionais aplicados no Direito Penal e no Direito Processual Penal. Não há dúvidas que a Constituição Federal brasileira tenha seu viés garantista. Sendo, portanto, fácil identificar os axiomas do Garantismo Penal com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal brasileira.

O que se percebe é uma parcela de julgados arbitrários, o que vai de encontro aos pilares constitucionais.

O artigo, utilizando o método dedutivo, analisando Teoria do Garantismo Penal proposta por Luigi Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão e a Constituição Federal de 1988*, e explorando doutrinas oriundas da teoria de Ferrajoli, como a de Douglas Fischer, Gilberto Callado Oliveira, Gilmar Ferreira Mendes, Miguel Carbonnel e Perfecto Andrés Ibáñez, retrata o poder exercido pelo Estado na punição de um indivíduo que cometeu algum delito, sendo o Garantismo Penal necessário para que esse indivíduo goze de princípios que norteiem o processo legal, que não haja uma exacerbada punição e, inclusive, traga uma igualdade em seu sistema de acusação, de processamento e julgamento para todos os indivíduos.

O Estado tem se mostrado omissos em sua atuação, permitindo que garantias fundamentais sejam violadas, principalmente, quando se fala em indivíduos que desconhecem seus próprios direitos, e que deveriam ser garantidos pelo Estado. O Garantismo vem, justamente, contrapor essa disparidade, já que nem todos os indivíduos tem acesso ao devido processo legal.

Portanto, o artigo demonstra que o Garantismo Penal é necessário para a sociedade, sendo um sistema que busca a equidade no tratamento dos infratores e proporcionalidade em suas punições e utilização do Direito Penal apenas como *ultima ratio*, devendo sempre ser respeitados todos os 10 axiomas de Luigi Ferrajoli, que são princípios e valores mínimos que qualquer acusado tem direito em uma investigação, processo e sentença. O Garantismo é, também, a linha imposta ao Estado para que não haja excessos de sua parte na punição de infratores, já que o Estado detém todo o poder punitivo de uma sociedade. Mas não pode, em hipótese alguma, ser entendido como uma via de mão única, pois, um dos pilares garantistas é a eficácia, protegendo, assim, a vítima. Deve-se, então, manter sua aplicação integral, desprezando a vertente hiperbólica monocular (que busca apenas a proteção de uma das partes envolvidas no processo, o réu, inobservando a situação da vítima).

### **Referências**

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *eat al.* Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão (Teoria do Garantismo Penal). 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão (Teoria do Garantismo Penal). 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FISCHER, Douglas. Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal – Parte geral (série manual para concursos e graduação). São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Jurídica Virtual, Brasília: v. 2, n. 13, p. 6-7, jun. 1999.

OLIVEIRA, Gilberto Callado. Garantismo e Barbárie. A Face Oculta do Garantismo. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ROSAS, Roberto. Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.