

O GARANTISMO PENAL INTEGRAL E SUAS CONTRADIÇÕES COM O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

“GARANTISMO PENAL INTEGRAL” AND ITS DEVIATION FROM LUIGI FERRAJOLI’S LEGAL GARANTISM THEORY

Beatriz Vargas Ramos

Doutora em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Professora Associada dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB.

Álvaro Guilherme de Oliveira Chaves

Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela UnB e Pós-graduado lato sensu em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Resumo

Desde sua importação para o Brasil, a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli teve ampla repercussão no sistema de justiça criminal e na universidade. Mais recentemente, corrente doutrinária chamada de garantismo penal integral tem ganhado espaço em ambos os setores a partir de incisiva crítica à interpretação indicada como majoritária no imaginário jurídico brasileiro, a qual foi denominada de garantismo hiperbólico monocular, e de proposta de releitura alegadamente mais consentânea com a obra do professor italiano, haja vista tutelar proporcionalmente os direitos fundamentais individuais e coletivos e os deveres do Estado nas esferas penal e processual penal. Diante disso, o presente artigo realiza um cotejo teórico entre o garantismo penal integral e a teoria de Luigi Ferrajoli, a fim de verificar a compatibilidade das proposições. Contudo, foram constatadas gritantes e insuperáveis contradições nas premissas utilizadas pelos defensores do garantismo penal integral, o que acaba por afastá-los das lições do professor italiano.

Palavras-chave: Garantismo penal. Luigi Ferrajoli. Direitos fundamentais. Garantismo penal integral. Ponderação.

Abstract

Since its introduction in Brazil, Luigi Ferrajoli's Legal Garantism Theory has had broad repercussions in both the criminal justice system and the university. Recently, a newer school of thought called "garantismo penal integral" has become increasingly accepted in both venues through outspoken critic of the alleged prevailing school of thought in Brazil's criminal legal studies: "hyperbolic monocular" garantism. This new movement has also attracted attention as an allegedly more aligned reinterpretation of the Italian professor's original work since it claims to proportionally balance fundamental rights – both individual and collective – with the states obligations in the fields of criminal and criminal procedural law. In that regard, this essay seeks to confront "garantismo penal integral" against Luigi Ferrajoli's theory with the purpose of analyzing the compatibilities between both theoretical frameworks. However, the current findings were that several and unbridgeable incoherencies remain in the premises adopted by the proponents of "garantismo penal integral", which in turn place them further apart from the original work of professor Luigi Ferrajoli.

Keywords: Legal Garantism Theory. Luigi Ferrajoli. Fundamental rights. Garantismo penal integral. Conflicts of principles.

1. INTRODUÇÃO

A teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli foi reconhecidamente recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro, exercendo maior influência nos âmbitos penal e processual penal, muito embora sua produção e sua aplicação não sejam restritas a essas áreas¹. Evidentemente, alguns efeitos práticos dessa teoria no sistema de justiça criminal nacional passaram a ser observados e estudados por pesquisadores. Contudo, nesse interregno, verificou-se um crescente processo de estigmatização, cujo resultado final foi a atribuição de um rótulo pejorativo ao termo "garantista" que, no senso comum jurídico, passou a ser frequentemente lido como algo ou alguém favorável à impunidade².

Os debates sobre a extensão do termo garantista e a adequação dessa teoria de origem italiana à realidade brasileira começaram, então, a fazer parte da produção teórica, de modo que, mais recentemente, corrente doutrinária denominada de garantismo penal integral ganhou espaço no cenário jurídico nacional, por fazer uma crítica incisiva à leitura

1 TRINDADE, André Karam. **Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política**. In: Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 5, n. 1, jul. 2012. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/issue/view/24/showToc>. Acesso em: 06 jan. 2020.

2 KHALED JR., Salah H. **Garantismo à la carte: integral, desnatado ou semi-desnatado?** Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/>. Acesso em 06 jan. 2020.

tida por seus defensores como dominante no imaginário jurídico brasileiro e por apresentar proposta alegadamente “mais consentânea com a doutrina”³ de Luigi Ferrajoli.

Dessa forma, o primeiro capítulo deste artigo será destinado a traçar as linhas mestras da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli para as esferas penal e processual penal. Diante da vasta produção do autor italiano e da amplitude de seus ensinamentos, os temas abordados nesse tópico serão restritos àqueles que dialogam diretamente com postulados sensíveis do garantismo penal integral, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema.

Na sequência, o trabalho apresentará as críticas formuladas pelos autores do garantismo penal integral à interpretação dita majoritária da teoria do garantismo penal de Ferrajoli no Brasil, bem como a sugestão de leitura dessa teoria formulada por eles, com especial enfoque nos textos do procurador regional da República Douglas Fischer, que certamente é um dos grandes difusores desse pensamento em território nacional.

Por fim, será feito um cotejo do arcabouço teórico do garantismo penal integral, principalmente a função do garantismo positivo e a solução do conflito entre direitos fundamentais por meio de máxima da proporcionalidade, com as ideias garantistas de Luigi Ferrajoli, a fim de examinar a confluência ou não dessas linhas de pensamento. Tal confronto se faz indispensável na medida em que o garantismo penal integral reivindica o lugar de teoria nacional mais coerente com as proposições ao autor italiano.

Neste artigo, chega-se à conclusão de que as premissas teóricas do garantismo penal integral não encontram amparo no garantismo de Luigi Ferrajoli. Mais do que isso, as propostas apresentadas por esses autores são manifestamente contrárias e, ao final, desvirtuam o cerne da teoria do professor italiano.

Por fim, vale ressaltar que o intuito desta análise não é fazer uma defesa irrestrita da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, que é passível de consistentes críticas⁴, mas, sim, um inevitável enfrentamento das ideias que, no Brasil, têm-se apresentado como uma nova roupagem dessa doutrina.

3 FISCER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 64.

4 PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do Garantismo. Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz. (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas considerações críticas. In: SANTOS, Rogério Dutra dos. **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001, p. 117-127, dentre outras.

2. LINHAS BÁSICAS DELIMITADORAS DO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI.

Muito embora Luigi Ferrajoli, que já foi juiz vinculado à Magistratura Democrática na Itália, não tenha cunhado a expressão garantismo, percebe-se que a consolidação desse termo é reflexo direto das suas produções acadêmicas, principalmente a partir da publicação de seu livro *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, em 1989, cuja tradução em português foi lançada em 2002⁵.

Em um aspecto macro de seus ensinamentos, Ferrajoli caracteriza seu constitucionalismo garantista como sendo de normatividade forte, de tipo regulativo, de sorte que a maioria dos “princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comportam-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias”⁶. Segundo ele, trata-se de um reforço ao velho positivismo jurídico, eis que a produção normativa agora deve ficar submissa não apenas a normas formais, mas também substanciais, de direito positivo⁷.

Em sentido oposto, haveria o constitucionalismo jusnaturalista ou principialista, cujo principal atributo seria a configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais diferenciados estruturalmente das regras, eis que dotados de normatividade enfraquecida, os quais são confiados à ponderação e não mais à subsunção⁸.

Por sua vez, o constitucionalismo garantista pode ser compreendido em três significados diversos, mas conexos entre si: a) modelo do direito, b) teoria do direito; e c) filosofia e teoria política.

Como modelo do direito, qualifica-se, em relação ao paleojuspositivismo⁹, pela

5 TRINDADE, André Karam. **Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política**. In: Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 5, n. 1, jul. 2012. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/issue/view/24/showToc>. Acesso em: 08 jan. 2020.

6 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 18/19.

7 Ibid., p. 22.

8 Ibid., p. 18.

9 “Assim, distingue Ferrajoli entre o paleojuspositivismo (teorias exegéticas em que a função judicial era meramente reprodutora do sentido único e verdadeiro do enunciado normativo) e o neopositivismo lógico de Kelsen, sendo esse uma mudança referencial de paradigma em relação àquele.” (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **A teoria do direito entre neoconstitucionalismo e garantismo e a proteção à democracia**. In: Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 1: 65-86, jan./jun. 2014, p. 70.)

“positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa”. Em razão disso, é um sistema de limite e de vínculos estipulados pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pela atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade¹⁰.

Sob a perspectiva da teoria do direito, a teoria tematiza a discordância entre o ser (legislativo) e o dever ser (constitucional) do direito e, diferentemente do paleojuspositivismo, faz distinção e indica possível divergência entre validade e vigência, haja vista que admite a existência de norma vigente (em conformidade com as normas procedimentais de formulação), mas inválida (“incompatível com as normas substanciais sobre a sua produção”)¹¹.

No âmbito da filosofia e da teoria política, o constitucionalismo garantista é uma teoria da democracia, “elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas sim uma teoria da democracia substancial, além de formal, ancorada empiricamente no paradigma”¹² de direito apresentado por Ferrajoli. “Daí resulta uma teoria da democracia como sistema jurídico e político articulado sobre quatro dimensões correspondentes às garantias de diversas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos – os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais – que equivalem não somente a ‘valores objetivos’”¹³.

A importação do garantismo para o Brasil se deu mais especificamente a partir do processo de redemocratização, quando da promulgação da denominada “Constituição cidadã”, cuja marca principal foi a imposição de respeito – em nível constitucional – aos direitos e às garantias fundamentais.

Conforme já destacado, o protagonismo da aplicação dessa teoria em território nacional se deu nos campos penal e processual penal, de modo que diversos estudos relevantes nessas áreas foram desenvolvidos a partir desse marco teórico.

E, nesse específico âmbito, Ferrajoli destaca que, como um modelo normativo de direito, o garantismo é um sistema de estrita legalidade “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

10 FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 24.

11 Ibid., p. 24.

12 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25.

13 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25.

do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”¹⁴.

Noutras palavras, é um sistema de direito penal mínimo e consequentemente garantista aquele que tem como desiderato o grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal, estabelecendo critérios de racionalidade e de civilidade à intervenção penal, bem como colocando limites constitucionalmente fixados a todos os poderes¹⁵.

Assim, as garantias em um sistema penal não possuem tanto a função de legitimar ou mesmo permitir o poder punitivo do Estado, mas, sim, deslegitimá-lo quando não devidamente observadas¹⁶.

Dessa forma, Ferrajoli apresenta um panorama do sistema garantista, fazendo a ressalva de que se trata de um modelo-limite, ou seja, jamais perfeitamente satisfatível, qualificado pela adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais que consistem em garantias penais e processuais penais definidoras da regra do jogo de responsabilização penal.

Os princípios são denominados de

i) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; ii) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito¹⁷; iii) princípio da necessidade ou da economia no direito penal; iv) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; v) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; vi) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; vii) princípio da jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito; viii) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; ix) princípio do ônus da prova ou da verificação e x) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade¹⁸.

Diante desse quadro, cada sistema jurídico poderá ser concretamente avaliado como tendente ao direito penal mínimo – quanto maior for a observância desses axiomas – ou ao

14 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, pp. 785-786.

15 Ferrajoli assim define o direito penal mínimo: “condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 102)

16 Ibid., p. 90.

17 “De agora em diante denominarei a reserva legal de ‘princípio de mera legalidade’, que, como queira que se formule, é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e usarei a expressão ‘princípio de estrita legalidade’ para designar a reserva absoluta da lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 39)

18 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 91.

direito penal máximo¹⁹ – quanto menor for a incidência dos princípios. É justamente nesse contexto que o autor italiano fala em graus de garantismo de cada ordenamento.

E, no sistema garantista, o direito penal e processual penal possuem concepções próprias extremamente relevantes para compreensão da importância dos direitos fundamentais individuais.

O direito penal não é mais concebido apenas como instrumento de prevenção dos crimes, mas também como “técnica de minimização de violência e do arbítrio na resposta do delito”²⁰. Esclarece o autor italiano que o direito penal mínimo também tem a função de ser lei de proteção do mais fraco, ou seja, tutela dos direitos fundamentais de quem se encontra em posição de inferioridade contra a violência arbitrária do lado mais forte na relação. Por seu turno, o lado mais fraco da relação não é estático, de sorte que “no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento da execução, é o réu”²¹.

O processo penal se justifica como técnica de diminuir a reação social ao delito, minimiza a violência e o arbítrio. Ferrajoli ainda faz importante alerta, destacando que esse instrumento “não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas”²².

Dessa forma, traço distintivo do processo penal em comparação com a justiça com as próprias mãos reside no fato de que ele persegue, “em coerência com dúplice função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes”²³.

Em síntese, para além de outras considerações teóricas, constata-se que tanto o direito penal quanto o processual penal possuem função específica de limitadores do poder punitivo estatal e de tutela dos direitos fundamentais individuais da parte mais fraca da relação que, como visto, é o réu durante o processo.

Por fim, Ferrajoli destaca que há uma relação inversamente proporcional entre os graus de garantismo penal e de arbítrio admitido pelo poder judicial, que é decomposto em

19 O direito penal máximo é assim caracterizado pelo autor italiano: “incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e da pena e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 102).

20 Ibid., p. 102

21 FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. Trad. Carlos Arthur Hawker Costa. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002, p. 32.

22 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 516.

23 Ibid., p. 556.

poderes i) de qualificação jurídica – espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal; ii) de verificação dos fatos ou valoração das provas – oportunidade em que se admite a ponderação dos indícios e dos elementos de prova; iii) de conotação equitativa – “compreensão e ponderação dos conotados singulares irrepetíveis de cada fato, mesmo se todos igualmente subsumíveis na mesma figura legal do crime”²⁴; e iv) de disposição – cujo exercício não exige motivação cognitiva, mas somente opções e juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica, mas apenas pragmáticas²⁵.

Enquanto até mesmo no modelo ideal de garantismo há espaços de discricionariedade tidos por fisiológicos e intrínsecos à função jurisdicional (os três primeiros do parágrafo acima), porque estão sempre ligados a atividades cognitivas, o poder de disposição “é sempre produto de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição”²⁶, de modo que seu espaço existe sempre que constatadas fragilidades de garantias penais e processuais.

Desse modo, o garantismo penal de Ferrajoli, embora admita espaços típicos de discricionariedade da atividade jurisdicional até em seu modelo ideal, reconhece que as garantias penais e processuais penais devem limitar ao máximo o denominado poder de cognição e suprimir o de disposição, visto pelo autor como ilegítimo no Poder Judiciário.

Tendo como foco exclusivo o escopo deste artigo, eis, então, as diretrizes básicas do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

3. A PROPOSTA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL E A PONDERAÇÃO PARA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como mencionado anteriormente, a importação para o Brasil da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli ensejou – principalmente no contexto criminal – uma série de produções doutrinárias propondo diversas leituras sobre a obra e a teoria do autor italiano, assim como os seus reflexos na atividade jurisdicional.

E é exatamente nesse contexto que surgiu o denominado garantismo penal integral, cujo principal marco teórico é o artigo intitulado “O que é garantismo (penal) integral?”, de autoria do procurador regional da República Douglas Fischer. Também possuem produções relevantes sobre o assunto Selma Pereira de Santana, professora da Universidade Federal

24 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 46/17.

25 FERRAJOLI, Luigi. op. cit., p. 159.

26 Ibid., p. 159.

da Bahia, Vlamir Costa Magalhães, juiz federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, e Luiz Eduardo Sant’Anna Pinheiro, promotor de justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul.

Ao justificar a necessidade de uma leitura dita integral do garantismo de Ferrajoli, Douglas Fischer destaca que “não raro vemos hodiernamente um certo desvirtuamento dos integrais postulados garantistas, na medida em que a ênfase única continua recaindo exclusivamente sobre direitos fundamentais individuais”²⁷. Aduz, ainda, ser comum encontrar reiteradas produções acadêmicas e jurisprudenciais com simples referências à teoria garantista, mas sem qualquer assimilação ou argumentação abarcando a base teórica invocada²⁸.

De igual forma, Selma Pereira Santana afirma que, muito embora não haja consenso sobre o alcance do garantismo em território nacional, constata-se “uma forte tendência por considerar que ele dirige-se (sic), tão somente, à defesa dos direitos fundamentais individuais, desprezando os de natureza coletiva”²⁹.

Descrevendo esse suposto modelo difundido na cultura jurídica do Brasil, Douglas Fischer cunhou, para caracterizá-lo, a expressão garantismo penal hiperbólico monocular, cuja definição é por ele apresentada do seguinte modo: “evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados”³⁰.

Noutras palavras, os teóricos desse modelo apontam que houve uma equivocada difusão das ideias de Luigi Ferrajoli no Brasil, de modo que, contrariamente ao pensamento do autor italiano, há uma flagrante discrepância na proteção dos direitos fundamentais individuais de investigados ou de processados, em detrimento de direitos e deveres coletivos e fundamentais.

Nesse ponto, os defensores do garantismo penal integral indicam que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos de substâncias condicionantes das normas produzidas e das suas aplicações, de modo que as garantias teriam o condão de diminuir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, viabilizando a máxima eficácia

27 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 62.

28 Ibid., p. 69.

29 SANTANA, Selma Pereira de. **Garantismo penal à brasileira**. Revista do Ministério Público Militar, Brasília, v. 38, n. 23, nov. 2013, p. 22.

30 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 69.

de todos os direitos— individuais e coletivos – e deveres fundamentais ³¹.

Assim, partindo de dois parâmetros do princípio da proporcionalidade³², a saber, a proibição do excesso e a vedação da proteção deficiente, e das premissas teóricas do neoconstitucionalismo³³, os defensores do garantismo penal integral apresentam modelo no qual todas as gerações de direitos fundamentais deveriam ser protegidas, o que não só melhoraria a proteção dos direitos individuais contra as arbitrariedades do poder punitivo, como também permitiria o resguardo eficaz dos “anseios da sociedade” ³⁴.

Dessa forma, sob o viés da vedação do excesso, existiria o denominado garantismo negativo, com raízes na função liberal-iluminista do Direito Penal e responsável pela garantia das liberdades individuais contra os excessos punitivos estatais³⁵. Sob a ótica da proibição da proteção deficiente, seria vislumbrado o garantismo positivo, cuja função seria a de assegurar os direitos de prestação por parte do Estado e não apenas aqueles “que podem ser denominados de direitos de prestação de proteção, em particular, contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas”³⁶.

Resumindo esse posicionamento, Luiz Eduardo Sant’Anna Pinheiro aponta que contemporaneamente o poder estatal tem como “ponto de partida o dever de proteção de todos os direitos fundamentais, tanto os que condizem com a defesa dos direitos individuais, acusado e vitimado, quanto com os direitos da coletividade, na condição de credores da segurança pública”³⁷.

Na mesma senda, Douglas Fischer ressalta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), o Estado deve ainda ter em conta a indispensabilidade de

31 Ibid., p. 71.

32 Ibid., p.75.

33 Vlamir Costa Magalhães, reproduzindo os ensinamentos de Daniel Sarmento, aponta as seguintes características do neoconstitucionalismo: “(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição do formalismo e recurso mais frequente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento do poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 233-234.)

34 MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, v. 1, p. 185-199, dezembro de 2010, p. 192.

35 MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, v. 1, p. 185-199, dezembro de 2010, p. 190.

36 SANTANA, Selma Pereira de. **Garantismo penal à brasileira**. Revista do Ministério Público Militar, Brasília, v. 38, n. 23, nov. 2013, p. 24.

37 PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant’Anna. **A dupla face do garantismo e implicações no Direito Brasileiro**. 1ª Edição. Campo Grande: Contemplar, 2020. p. 74.

garantir ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade³⁸. Especificamente, referido autor destaca a importância disposto no art. 144 da Constituição da República para o raciocínio aqui apresentado:

Nesse momento de silogismo, é digno de nota que, também como imperativo constitucional (art. 144, caput, CF), o dever de garantir a segurança (que se desdobra em direitos subjetivos individuais e coletivos) não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição do responsável.³⁹

Diante disso, ele arremata sua argumentação no sentido de que o “dever de proteção (no qual se inclui a segurança dos cidadãos) implica obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos”⁴⁰. É dizer, em sua visão, deve haver ponderação entre os direitos inerentes ao garantismo negativo e ao garantismo positivo, a fim de que os direitos e deveres fundamentais sejam proporcionalmente resguardados. A fórmula utilizada por esse autor, amplamente difundida nos adeptos do garantismo penal integral, para solução de conflito entre direitos – individuais e coletivos – e deveres fundamentais é a ponderação.

Dessa forma, é evidente que a construção teórica do garantismo penal integral apresenta diversos traços da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Para o jurista alemão, os princípios são mandamentos de otimização, cuja característica marcante é a possibilidade de serem satisfeitos em diversos graus – na maior medida possível –, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes⁴¹. Nos casos de colisão entre princípios, ele argumenta que tal problema deve ser solucionado por meio do sopesamento, de modo que um determinado princípio, em uma situação concreta, terá precedência em face de outro, sem que esse último seja declarado inválido, nem que nele seja introduzida uma cláusula

38 FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 04 jan. 2020.

39 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. pp. 71-72.

40 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (org.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 74.

41 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

de exceção⁴².

No ponto, o referido autor destaca que a definição de princípios como mandados de otimização implica a máxima da proporcionalidade, com as três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e a recíproca também é verdadeira, de sorte que “as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por ‘otimização’ na teoria dos princípios”⁴³.

Muito embora Douglas Fischer não tenha indicado especificamente quais autores brasileiros fizeram efetivamente a equivocada importação da teoria garantista por ele apresentada, é indene de dúvidas que o garantismo penal integral ganhou força nos últimos anos, a partir do aumento de operações policiais investigando delitos econômicos, notadamente a denominada “Operação Lava Jato”.

Ilustrativamente, o procurador da República Deltan Dallagnol, coordenador da força-tarefa do Ministério Público Federal na referida operação, apontou, em uma entrevista ao jornal Estadão, ser adepto da teoria do garantismo penal integral⁴⁴. Replicando o posicionamento já apresentado, ele destacou que “o que se desenvolve no Brasil foi aquilo que alguns chamam de hipergarantismo. É um garantismo hiperbólico, porque exacerbado, e monocular, porque só olha os direitos do réu, e não olha o direito da sociedade”⁴⁵. Ao final, asseverou que defende “um garantismo equilibrado, integral, que garanta os direitos dos réus, mas também o das vítimas e os da sociedade”⁴⁶.

No mesmo sentido, em busca realizada na área de “jurisprudência” do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça e utilizando como termo de pesquisa a expressão “garantismo penal integral”, foram localizados decisões e acórdãos oriundos de Tribunais Estaduais – reformados ou não pelo Superior Tribunal de Justiça – que expressamente indicavam a adoção do garantismo penal integral, apontando, dentre outros fundamentos, como justificativa para tanto que “o garantismo penal deve ser aplicado de forma integral, observando à proteção de bens jurídicos individuais e coletivos, protegendo não só os interesses do acusado, mas também os anseios da sociedade”⁴⁷.

Por sua vez, com intuito de tornar mais concreta e elucidativa sua linha de pensamento, Douglas Fischer apresentou alguns posicionamentos que demonstrariam a fragmentação da teoria garantista, indicando, por outro lado, o entendimento a ser adotado

42 Ibid., p. 93.

43 Ibid., p. 588.

44 CARVALHO, Luiz Maklouf. ‘É preciso um garantismo integral’, diz procurador Deltan Dallagnol. **Estadão**. Curitiba, 05 de fev. de 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>. Acesso em: 07 de jan. de 2020.

45 Idem.

46 Idem.

47 STJ, 6ª turma, RHC 116.441/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019.

segundo o garantismo penal integral. Dentre esses exemplos, encontra-se a possibilidade de execução provisória da pena após esgotamento das instâncias ordinárias.

Conforme referido autor, a pendência de recursos de natureza extraordinária não impede a execução das penas privativas de liberdade, por não ferir o princípio da presunção de inocência, insculpido constitucionalmente no art. 5º, LVII⁴⁸. Ao fazer referência ao posicionamento vencedor no HC nº 84.078, o qual foi reafirmado no julgamento de mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 54, afirma o autor que o equívoco do Supremo Tribunal Federal se deu em razão de uma leitura isolada – quiçá textual – do dispositivo constitucional já mencionado⁴⁹.

Em sua perspectiva, o Supremo Tribunal Federal deveria levar em consideração os prismas do garantismo negativo (vedação do excesso Estatal) e do garantismo positivo (proibição de proteção deficiente), de modo a afastar não só decisões que acarretem exorbitância da atuação do Estado em detrimento dos direitos fundamentais do acusado, mas também “zelar para que estas interpretações não gerem uma inoperância do sistema, que, em face disso, acabe acarretando desproteção dos interesses sociais-gerais igualmente garantidos constitucionalmente”⁵⁰.

Explica Douglas Fischer que, nessa situação, há uma clara tensão entre o princípio da presunção de inocência, direito fundamental do réu, e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção – englobando o direito à segurança (artigos 5º, *caput*, e 6º da Constituição da República), bem como a segurança pública como dever fundamental do Estado (artigo 144 da Constituição da República) – e da efetividade do Poder Jurisdicional, sendo imperioso o sopesamento desses pontos para que seja encontrado o parâmetro proporcional da atuação do Estado⁵¹.

Em conclusão, ele assevera que

a exigência do exaurimento recursal das instâncias extraordinárias para se iniciar a execução de penas, no Brasil, importa violação ao princípio da proporcionalidade (mas pela proibição da insuficiência), porque tal posicionamento (partindo da interpretação isolada do art. 5º, LIV, da CF), em nossa compreensão:

- a. Fere a idoneidade, porque protege isoladamente (e de maneira supervalorizada individualmente) interesses únicos do réu que já foi condenado, sem que se favoreça minimamente a proteção dos interesses gerais e sociais, notadamente a prevenção geral positiva e a prevenção especial, diante da (muitas vezes

48 “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

49 FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (org). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 83.

50 FISCHER, Douglas. **A execução da pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição**. Revista de Direito Público, v. 25, 2009, p 7-30, 2009, pp. 25-26.

51 Ibid., p.26

ocorrente) prescrição (intercorrente);

- b. Fere a necessidade porque, pela interpretação sistêmica, há também, na própria Constituição, a previsão do habeas corpus, que é muito mais amplo e apto (eficaz) para a proteção, de forma mais objetiva e na máxima medida possível, dos direitos fundamentais dos réus-condenados que eventualmente tenham sido violados;
- c. Viola a proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de favorecimento da norma invocada, isoladamente vista, é absolutamente inferior e desproporcional ao grau em que não se realiza o dever fundamental de o Estado agir de forma eficaz em detrimento daqueles que, mediante o devido processo legal, já restaram condenados criminalmente nas instâncias ordinárias (se não com possibilidade de revisão por um órgão colegiado, ao menos com a análise do fato imputado por mais de um Juiz – prerrogativa de foro).⁵²

Para além do âmbito doutrinário, que contou com produção de outros entusiastas nessa mesma linha argumentação⁵³, constatou-se que, quando do julgamento de mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade nºs 43, 44 e 54, o Ministro Luís Roberto Barroso valeu-se, dentre outros, de raciocínio bastante semelhante – embora sem mencionar a teoria do garantismo penal integral – para fundamentar seu voto favorável à execução provisória da pena⁵⁴.

Em suma, vê-se que o garantismo penal integral se apresenta como contraponto a uma importação tida por equivocada da doutrina do garantismo penal de Luigi Ferrajoli⁵⁵, a qual foi denominada de garantismo hiperbólico monocular, demarcando que, ainda que sob premissa teórica diversa, pretende chegar ao mesmo fim da teoria do jurista italiano, ou seja, “equilíbrio na proteção de todos (individuais e coletivos) os direitos e deveres fundamentais

52 FISCHER, Douglas. **A execução da pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição**. Revista de Direito Público, v. 25, 2009, p 7-30, 2009, pp.27-28.

53 PAULINO, Galtênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 207-232 – jul./dez. 2017.

54 “Princípios, portanto, devem ser aplicados, em muitas situações, em harmonia, em concordância prática ou em ponderação com outros princípios e mandamentos constitucionais. Ponderar significa atribuir pesos, fazer concessões recíprocas e, no limite, realizar escolhas sobre qual princípio vai prevalecer numa situação concreta.

Quais os princípios em jogo na presente discussão? De um lado, o princípio da inocência ou da não culpabilidade; de outro lado, o da efetividade mínima do sistema penal, rótulo genérico sob o qual se abrigam valores importantes como a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa.”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-24/leia-voto-ministro-barroso-prisao-segunda-instancia>. Acessado em: 04 jan. 2020.

55 “A questão que se põe em discussão então é: o que é garantismo penal na íntegra das proposições de Ferrajoli? Tentaremos trazer a resposta que consideramos a mais consentânea com a doutrina retro-mencionada.” FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (org.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 64.

expressos na Carta Maior”⁵⁶.

4. AS CRÍTICAS AO GARANTISMO PENAL INTEGRAL E A CONTRADIÇÃO COM O MODELO PROPOSTO POR FERRAJOLI

Visto resumidamente o cerne do denominado garantismo penal integral, faz-se indispensável questionar se efetivamente houve a equivocada importação da teoria de Luigi Ferrajoli – ponto de partida utilizado pelos autores mencionados para justificar a necessidade de uma nova leitura –, assim como se os postulados teóricos apresentados vão ao encontro do garantismo penal proposto pelo jurista italiano.

De início, deve-se esclarecer que há uma característica em boa parte dos textos apresentados, notadamente nos de autoria de Douglas Fischer e Selma Pereira de Santana, que certamente dificulta a constatação aqui proposta. Ambas as produções indicam a alegada importação da teoria garantista com foco exclusivo nos direitos fundamentais individuais do cidadão, mas não apresentam concretamente autores com esse posicionamento⁵⁷.

De todo modo, deve-se salientar que o entendimento exposto como o garantismo hiperbólico monocular de fato não corresponde ao pensamento de Ferrajoli. No mesmo sentido, a proposta do garantismo penal integral não encontra respaldo nas lições do professor italiano. Mais do que isso, acaba por desvirtuá-las.

É que, ao tratar dos direitos fundamentais, Ferrajoli faz expressa distinção entre “direitos de” e “direitos a”, admitindo a existência de um garantismo positivo, relacionado aos direitos sociais – que também são fundamentais.

Os “direitos de” estão vinculados à faculdade de comportamentos próprios e que correspondem a vedações ou deveres públicos de não fazer, os quais estão intimamente vinculados ao modelo de Estado de direito liberal⁵⁸.

Por sua vez, ele mesmo reconhece que algumas Constituições passaram a fazer previsões de “direitos a”, expectativas de comportamentos alheios que devem corresponder a prestações positivas (deveres públicos de fazer) ou obrigações dirigidas ao futuro, cujo objetivo é aquisição de condições sociais de vida, tais como “a subsistência, o trabalho,

56 Ibid., p. 75.

57 No caso do artigo de Douglas Fischer, no tópico 4.2 (“limitação ao prazo de 30 dias das interceptações telefônicas”), o autor indica um único texto que, ao defender a limitação no prazo das interceptações telefônicas, retrataria o posicionamento em questão.

58 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 794.

a saúde, o lar, a instrução etc”⁵⁹. Essas previsões, em sua perspectiva, seriam típicas de Estado de direito social.

Como se vê, a grande distinção entre direitos sociais e direitos individuais está relacionada à prestação esperada pelo cidadão. Enquanto os direitos individuais estão ligados a uma expectativa de não lesão, os direitos sociais devem ensejar uma prestação positiva por parte do Estado. Na visão de Ferrajoli, as expectativas de ambos os direitos correspondem a garantias primárias⁶⁰.

Sobre o assunto, Miguel Carbonell – amplamente citado por teóricos do garantismo penal integral – destaca que:

Para nuestro autor las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber garantías positivas y garantías negativas; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algún derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. (...)

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constatem, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivo y por tanto violen también las garantías primarias.

Para el caso de los derechos sociales las garantías primarias de tipo positivo deberían ser precisadas por legislador a través de mandatos claros dirigidos a la administración pública. Por su parte, las garantías secundarias consistirían en vías de reclamación para el caso de que las primeras fueran violadas, tomando en cuenta la específica estructura y el particular contenido de los derechos sociales.⁶¹

Ou seja, a partir do marco teórico do garantismo de Ferrajoli, as expectativas de prestação positiva decorrentes direitos sociais correspondem a garantias primárias, de modo que, em caso de não adimplemento em uma situação concreta, o cidadão poderá requerer pronunciamento judicial para efetivá-las. Dialogando com o texto de Miguel Carbonell, Ferrajoli destaca que “os direitos sociais são, ou mesmo podem ser considerados, judicializáveis por intermédio de técnicas adequadas de garantias secundárias”⁶².

59 Ibid., p. 794/795.

60 ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender o garantismo penal de Ferrajoli**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli>. Acesso em: 09 de jan de 2020.

61 CARBONELL, Miguel. **La Garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/issue/view/656>. Acesso em 09 jan. 2020.

62 FERRAJOLI, LUIGI. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p.86.

Vê-se, portanto, que a concretização dos direitos sociais não está relacionada a uma resposta estatal no âmbito processual penal ou penal, mas sim por meio de políticas públicas capazes de afetar positivamente a vida do cidadão, o que poderá acontecer inclusive pela via judicial em caso de violação desses direitos.

A proposta do garantismo penal integral – segundo a qual o garantismo positivo é visto como um interesse abstrato da sociedade apto a restringir direitos fundamentais individuais por meio da técnica da ponderação – não encontra guarida nas lições de Luigi Ferrajoli.

Alfredo Copetti Neto e Ana Cláudia Pinho afirmam que o “garantismo positivo não está vinculado à ideia de interesse da sociedade de forma abstrata, mas sim à ideia segundo a qual o Estado tem deveres não somente de não-lesão, mas de prestação, a fim de cumprir as garantias positivas determinadas pelos direitos individuais sociais”⁶³.

Além de descontextualizar o próprio sentido de garantismo positivo⁶⁴, o cerne da teoria de Ferrajoli igualmente inviabilizaria tal proposta. Como destacam Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho, o garantismo penal consiste em teoria que intenta estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, assim como deslegitima qualquer sistema de controle social que privilegia a defesa social em detrimento de direitos e de garantias individuais⁶⁵.

O que se constata é que alguns autores nacionais fizeram a importação da teoria reconhecendo, em um espectro maior da Teoria do Direito, a existência de garantias ligadas aos direitos sociais (garantismo positivo)⁶⁶, mas não as utilizaram para fundamentar posicionamento no sentido de restringir direitos individuais na seara penal e processual penal. Situação essa que se enquadra no cerne da teoria de Luigi Ferrajoli⁶⁷.

63 NETO, Alfredo Copetti; PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>. Acesso em 09 jan. 2020.

64 Nesse ponto, é relevante o alerta de Maria Lúcia Karam: “A visão de que abstratos interesses de uma também abstrata sociedade devessem prevalecer sobre os direitos individuais não esconde o caminho conducente a totalitarismos de todos os matizes. A sociedade há de ser concretizada. A sociedade não é algo abstrato, mas sim o conjunto de indivíduos concretos. Os ditos interesses da sociedade só se legitimam quando referidos a bem individualizáveis.” (KARAM, Maria Lúcia. **Para conter e superar a expansão do poder punitivo**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006, p. 111)

65 CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Edição ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 19.

66 ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003, p. 30; PINHO, Ana Cláudia Bastos de Pinho; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **O dresscode do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opinioao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>. Acesso em 10 de jan de 2020; CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Edição ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 20, dentre outros.

67 Ana Cláudia Bastos de Pinho e Fernando da Silva Albuquerque ressaltam que “é quanto ao núcleo liberal de direitos fundamentais que a aplicação da teoria garantista, no campo penal, repercute. Não cabe

Noutro giro, Ferrajoli, ao tratar do constitucionalismo, faz nova distinção relevante para a compreensão das contradições existentes entre o garantismo penal integral e a sua teoria garantista, a saber, o constitucionalismo jusnaturalista e o juspositivista.

Para ele, o constitucionalismo jusnaturalista se caracteriza “(a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objeto de ponderação, e não de subsunção; e (c) pela concepção de direito ‘como uma prática jurídica’, confiada, sobretudo à atividade dos juízes”⁶⁸.

Por seu turno, oposta é a compreensão do constitucionalismo juspositivista, também chamado de constitucionalismo garantista pelo autor italiano, o qual pode ser entendido em três significados, como já destacado no primeiro capítulo deste artigo. Em síntese, Ferrajoli propõe que essa posição se diferencia do constitucionalismo principialista por rejeitar os elementos de conexão entre direito e moral, a “contraposição entre princípios e regras e a centralidade conferida à distinção qualitativa” e, por fim, “o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional”⁶⁹.

Diante desse quadro, é fácil perceber que as ideias apresentadas pelos teóricos do garantismo penal integral se assemelham ao proposto pelo constitucionalismo jusnaturalista, que, na visão de Ferrajoli, contrapõe-se ao constitucionalismo garantista. E mais, as críticas formuladas pelo autor italiano àquele modelo são igualmente pertinentes, com especial destaque para a utilização da ponderação.

Em primeiro lugar, Luigi Ferrajoli é expressamente contrário à distinção entre regras e princípios formulada, por exemplo, por Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais, sinteticamente mencionada em capítulo anterior. Segundo o jurista italiano, “não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou obrigações correspondentes”⁷⁰.

Além disso, a abordagem do constitucionalismo principialista teria relevantes

ao Direito Penal democrático cumprir, nessa perspectiva, a finalidade de prevenir a ocorrência de delitos, até porque o garantismo se opõe expressamente ao conjunto de correntes prevencionistas da pena, uma vez que parte do pressuposto que esta serve, quando muito, a evitar reações informais violentas”. (PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **O dresscode do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opiniao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 10 jan. 2020).

68 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 21.

69 Ibid., p. 27.

70 Ibid., p. 41.

implicações práticas, notadamente o enfraquecimento do caráter vinculante de princípios constitucionais e a criação de tantos outros pela jurisprudência sem qualquer embasamento no texto constitucional⁷¹.

Lenio Streck compartilha dessa posição de Luigi Ferrajoli, asseverando que inexistente tal diferença estrutural entre regras e princípios, de maneira que um princípio só se aplica através de uma regra, que, por sua vez, sempre possui um princípio por trás. Arremata o mencionado jurista no sentido de que princípios são, por vezes, aplicados como regras e de que o “pamprincipiologismo” é forte componente da fragilização do direito⁷².

Em segundo lugar, o professor italiano faz relevante questionamento sobre o papel da ponderação na interpretação jurisdicional das normas constitucionais. Como já visto no primeiro capítulo deste trabalho, Ferrajoli destaca que, mesmo na seara penal, cuja exigência de certeza é máxima, há três espaços fisiológicos e insuprimíveis de discricionariedade judicial que podem ser reduzidos, mas não extinguidos pelas garantias penais e processuais penais. Aponta, contudo, que essa técnica argumentativa, em oposição à subsunção, acaba por ampliar demasiadamente o espectro de discricionariedade do julgador, de modo a gerar espaço criativo ilegítimo (poder de disposição), chegando até mesmo a ameaçar a submissão do juiz à lei e a ferir a separação de Poderes⁷³. Em sua visão, a ponderação do constitucionalismo principialista “sugere e favorece um Poder Judiciário de escolha em relação a quais princípios aplicar e quais não aplicar sobre a base da valoração, inevitavelmente discricionária, a partir de sua importância”⁷⁴.

Ao final, Ferrajoli destaca que o paradigma constitucionalista garantista rígido exige que o “Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme princípio da separação de poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição. Os juízes, com base neste paradigma, não ponderam normas, mas sim circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação”⁷⁵.

A crítica se faz ainda mais forte e pertinente no contexto brasileiro. Como aponta Lenio Streck, parcela da doutrina e dos tribunais fez apenas uma leitura superficial da teoria da argumentação de Robert Alexy, de forma que as lições do jurista alemão – construídas para racionalizar a ponderação de valores – acabam por ser desvirtuadas, com a desconsideração dos pressupostos formais racionalizadores, elementos centrais na

71 Ibid., pp. 41/42.

72 STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 71.

73 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46.

74 Ibid., p. 49.

75 Ibid., p. 53.

referida tese⁷⁶.

Ressalta Lenio Streck que, no Brasil, a utilização da ponderação passou a ser comumente vista como um “um enunciado performático, uma espécie de álbi teórico capaz de fundamentar posicionamentos dos mais diversos”⁷⁷ – inclusive em situações idênticas, em clara demonstração de que a ponderação nesses termos não confere igualdade na aplicação do direito.

No mesmo sentido, Edson Vieira da Silva Filho e Gustavo Silva Xavier destacam que a recepção acrítica da teoria dos princípios de Robert Alexy no contexto nacional – inclusive com a desconsideração de trechos relevantes para sua compreensão – tem servido como “álbi para relativização de garantias e consequente perda da autonomia do direito”⁷⁸.

Como se vê, o garantismo penal integral, ao propor a utilização da ponderação para restrição de direitos individuais fundamentais, valendo-se, para tanto, de direitos sociais ou deveres do Estado, tais como a garantia de segurança pública, amplia demasiadamente – e de forma indesejável – o espaço de discricionariedade judicial do magistrado e incorre em todas as críticas acima descritas.

A bem da verdade, a proposta acaba por conferir subsídios hermenêuticos para que o julgador tome sua decisão discricionariamente, impregnada de subjetivismo, e somente depois apresente a fundamentação, escolhendo previamente qual princípio ou valor deverá prevalecer em detrimento de outro. A recepção fragmentada da teoria de Alexy potencializa o decisionismo e a arbitrariedade, inclusive para supressão de garantias constitucionais.

Nesse ponto, vale destacar que a escolha prévia do direito fundamental da sociedade à garantia de proteção como um princípio prevalecente – sem qualquer fundamentação para tanto – justificaria a mitigação de qualquer direito fundamental individual por meio da técnica apresentada no capítulo anterior, mesmo que contra a literalidade da norma constitucional.

Ao se colocar dessa forma, o garantismo penal integral vai à contramão do garantismo de Luigi Ferrajoli, cuja viga mestra é justamente a limitação do poder do julgador, com a redução do seu espaço de discricionariedade, por meio da vinculação da atividade jurisdicional às garantias constitucionais. É dentro dessa lógica que o autor italiano somente admite a ponderação de circunstâncias fáticas para justificar a aplicação ou não de uma norma.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 73.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 74.

⁷⁸ SILVA FILHO, Edson Vieira da; XAVIER, Gustavo Silva. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: discutindo as condições de possibilidade de aplicação do direito a partir da relativização da presunção de inocência**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p. 62-85, ago. 2018, p. 74.

Vê-se que a construção teórica fundante do garantismo penal integral desvirtua a ideia de garantismo positivo ou “direitos a” desenhada por Luigi Ferrajoli e aumenta em demasia o espaço de discricionariedade judicial por meio da ponderação de normas, técnica essa amplamente rechaçada pelo autor italiano, com intuito de restringir direitos individuais no âmbito penal e processual penal.

Salah H. Khaled Jr. destaca que “não estamos diante de uma mera adaptação seletiva e muito menos de uma revelação da essência da teoria. Nenhuma leitura que restrinja drasticamente as liberdades individuais – e com isso o próprio Estado Democrático de Direito – pode reivindicar amparo no garantismo de Ferrajoli, sob o pretexto de desempenho mais eficaz de supostas funções positivas”⁷⁹.

Diferentemente do apregoado por seus defensores, a proposta do garantismo penal integral não representa a leitura “mais consentânea com a doutrina retromencionada [garantismo de Luigi Ferrajoli]”⁸⁰.

5. CONCLUSÃO

O garantismo penal de Luigi Ferrajoli é um modelo teórico de controle e de racionalidade do poder punitivo estatal que coloca em evidência a indispensabilidade da observância de garantias penais e processuais penais na responsabilização criminal, sob pena de deslegitimá-la.

Nesse contexto, os direitos fundamentais individuais servem como limite de intromissão do Estado na vida do cidadão e correspondem ao denominado garantismo negativo, que adquire protagonismo no campo penal e processual penal. Por outro lado, o garantismo positivo está relacionado aos direitos fundamentais sociais, cuja principal característica é o dever de prestação positiva por parte do Estado em uma situação concreta.

Viu-se, então, que o garantismo positivo não está associado a um interesse abstrato da sociedade a ser levado em consideração genericamente pelo Poder Judiciário no âmbito das decisões criminais, principalmente para restrição de direitos fundamentais individuais.

Ademais, Luigi Ferrajoli apresenta sua teoria como um reforço ao antigo positivismo

79 KHALED JR., Salah H. **Garantismo à la carte: integral, desnatado ou semi-desnatado?** Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/>. Acesso em 10 jan.2020. No mesmo sentido: NETO, Alfredo Copetti; PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>. Acesso em 09 jan. 2020.

80 FISCHER, Douglas. **O que é garantismo (penal) integral?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (Org) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 64.

e se manifesta contrariamente às premissas teóricas do denominado constitucionalismo jusnaturalista ou principialista, fazendo especial crítica à distinção entre princípios e regras e à utilização da ponderação para resolução de conflito entre princípios.

Por sua vez, o garantismo penal integral, cujo alegado objetivo é apresentar uma leitura do garantismo penal mais adequada à produção de Ferrajoli, sustenta suas bases teóricas nas premissas do neoconstitucionalismo, partindo de equivocada compreensão do garantismo positivo e utilizando-o, a partir da máxima da proporcionalidade (proibição de proteção deficiente e vedação do excesso) , para restrição de direitos fundamentais pela ponderação.

Dessa forma, conquanto Douglas Fischer faça o alerta de que utilizou premissa teórica diversa para formular o garantismo penal integral, ficou claro que há contradições evidentes e insanáveis entre as suas propostas e a do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Não se trata de mera releitura ou adaptação sob outro prisma teórico, mas sim de completo desvirtuamento das proposições originais, com clara intenção de ampliar o poder punitivo e a margem de discricionariedade do Poder Judiciário, bem como de reduzir garantias penais e processuais penais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **A teoria do direito entre neoconstitucionalismo e garantismo e a proteção à democracia**. In: Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 30, n. 1: 65-86, jan./jun. 2014.

CARBONELL, Miguel. **La Garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/issue/view/656>. Acesso em 09 jan. 2020.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª Edição ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

CARVALHO, Luiz Maklouf. 'É preciso um garantismo integral', diz procurador Deltan Dallagnol. **Estadão**. Curitiba, 05 de fev. de 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>. Acesso em: 07 de jan. de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. Trad. Carlos Arthur Hawker Costa. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

FISCHER, Douglas. **A execução da pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição**. Revista de Direito Público, v. 25, 2009, p 7-30, 2009.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (orgs.) **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4ª Edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017, p. 61-95.

KARAM, Maria Lúcia. **Para conter e superar a expansão do poder punitivo**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006.

KHALED JR., Salah H. **Garantismo à la carte: integral, desnatado ou semi-desnatado?** Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/>. Acesso em 06 jan.2020.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, v. 1, p. 185-199, dezembro de 2010.

NETO, Alfredo Copetti; PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>. Acesso em 09 jan. 2020.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 207-232 – jul./dez. 2017.

PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant’Anna. **A dupla face do garantismo e implicações no Direito Brasileiro**. 1ª Edição. Campo Grande: Contemplar, 2020.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de Pinho; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **O dresscode do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opiniaao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 10 jan. 2020.

ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender o garantismo penal de Ferrajoli**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli>. Acesso em: 09 de jan de 2020.

SANTANA, Selma Pereira de. **Garantismo penal à brasileira**. Revista do Ministério Público Militar, Brasília, v. 38, n. 23, nov. 2013

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59-94.

SILVA FILHO, Edson Vieira da; XAVIER, Gustavo Silva. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: discutindo as condições de possibilidade de aplicação do direito a partir da relativização da presunção de inocência**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p. 62-85, ago. 2018.

TRINDADE, André Karam. **Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política**. In: Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 5, n. 1, jul. 2012. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/issue/view/24/showToc>. Acesso em: 06 jan. 2020.