

A CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL E SUA APLICAÇÃO PARA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

José Luiz Cavalcanti Pedrosa Júnior¹

RESUMO: Este artigo tem como objetivo fomentar discussões sobre a teoria do garantismo penal, e como ela encontra-se em consonância com a Constituição Federal de 1988 no que se refere às limitações do poder punitivo estatal, principalmente pela incorporação dos axiomas garantistas em nossa Carta Magna, em especial, aquele que se refere ao princípio da intervenção mínima. Para alcançar o objetivo proposto é necessário como procedimento metodológico realizar uma revisão bibliográfica com o intuito de demonstrar a necessidade da adoção desta teoria para efetivação do projeto constitucional de garantias penais e processuais penais.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do garantismo penal. Constituição Federal. Axiomas garantistas.

ABSTRACT: The purpose of this study is to encourage discussions about the theory of criminal guaranteeism and how it's in line with the Federal Constitution of 1988, regarding the limitations of the state punitive power, mainly by the incorporation of the guaranteed axioms in our "Carta Magna", in special, the one that refers to the principle of minimum intervention. In order to reach the proposed objective, it's necessary as a methodological procedure to make a bibliographical review with the purpose of demonstrating the need to adopt this theory for the execution of the constitutional project of criminal guarantees and criminal proceedings.

KEY WORDS: Theory of criminal guaranteeism. Federal Constitution. Guaranteed axioms.

INTRODUÇÃO

O garantismo penal tornou-se objeto de muito debate e reflexão por parte dos atores jurídicos nacionais após a promulgação da Constituição cidadã de 1988, que rompeu com um histórico recente de autoritarismo e estabeleceu uma série de direitos e garantias fundamentais. Boa parte das garantias aglutinadas em seu artigo 5º, criando inclusive diversos incisos com a finalidade de regular e limitar a atuação do Estado e de seus legisladores a respeito do conteúdo penal e processual penal.

Não obstante as limitações constitucionais expressas ao poder punitivo do Estado, presentes do inciso XXXVII ao LXVIII do artigo supramencionado, versando tanto sobre garantias penais quanto processuais, se faz necessária uma teoria que vá além da interpretação

¹ Advogado formado pelo Centro Universitário Tiradentes.

dos dispositivos legais, buscando elementos de análise mais profundos sobre a vigência e validade da norma e os fundamentos político criminais que lhe antecedem e substanciam. Assim, resta comprovada a imprescindibilidade da adoção da teoria do garantismo na análise de normas penais, principalmente para verificar se estas se encontram de acordo com os princípios norteadores penais, em especial, o da intervenção mínima.

Diante deste cenário, fica evidente a necessidade de se refletir e realizar estudos acerca da teoria do garantismo penal, principalmente por ela não ser aprofundada ou muitas vezes sequer discutida em ambientes acadêmicos. Tal fato gera desconhecimento sobre a matéria e até mesmo certos preconceitos a respeito do seu conteúdo, muitas vezes associado a práticas que supostamente acarretariam no engessamento do judiciário e possibilitariam o aumento da impunidade.

Ao acompanhar os debates atuais referentes à criação de novos tipos penais ou ampliação dos já existentes, fica claro o uso injustificado e desproporcional do direito penal no pretense combate à criminalidade e diminuição da violência. Neste sentido, é importante reafirmar que esse ramo do direito é considerado de *ultima ratio* e só deve intervir na proteção de bens jurídicos essenciais, sendo esta a motivação do presente estudo. Acredita-se que é relevante o estudo trazido por este artigo, como uma maneira de refletir para que a teoria do garantismo penal seja empregada com a finalidade de conter a aplicação do direito penal em casos desnecessários e conferir efetivação ao princípio da intervenção mínima.

O objetivo geral do trabalho é proporcionar reflexões sobre a teoria do garantismo penal e sua conformidade constitucional, principalmente pela incorporação dos axiomas garantistas em nossa Constituição. Além disto, questionar também como essa teoria pode ser aplicada na contenção dos poderes punitivos do Estado, principalmente pela aplicação do princípio da intervenção mínima. Para atingir o objetivo geral, anteriormente proposto, como procedimento metodológico é necessária a realização de uma revisão bibliográfica para estabelecer a conceituação, abrangência e funcionalidade da teoria do garantismo penal, além da interpretação dos incisos constitucionais correspondentes a axiomas da teoria em análise.

O artigo encontra-se estruturado em três partes, na primeira serão abordadas algumas questões teóricas a respeito do garantismo penal, demonstrando inclusive a sua posição na dogmática jurídica como uma teoria que concebe um direito penal mínimo. Na seguinte, será demonstrada a conformidade constitucional dos axiomas garantistas e a possível utilização desta tese na interpretação dos princípios constitucionais penais.

Na última parte será exposta a possibilidade do uso da teoria do garantismo penal

na interpretação do princípio penal da intervenção mínima, por fim serão apresentadas as considerações finais a respeito do tema.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA GARANTISMO PENAL

A teoria do garantismo penal foi idealizada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli e desempenha um papel essencial na crítica ao direito penal, tanto na sua aplicação quanto legitimidade. Isto porque o autor compreende que se deve preservar sempre o *status libertatis* individual frente a uma desregulada intervenção punitiva estatal.

Neste sentido, o autor aprofunda em três aspectos sua tese sobre as normas penais e o exercício do *jus puniendi* pelo Estado. O primeiro aspecto tratado se refere a um modelo normativo de direito, cujo objetivo central é reduzir a violência e potencializar as liberdades, o segundo versa sobre a vigência e validade da norma, ao analisar principalmente sua compatibilidade com os princípios constitucionais e axiomas do garantismo, já o terceiro ponto trata do aspecto filosófico e político da teoria.

Como modelo normativo de direito, Ferrajoli (2013, p.486) aduz:

As garantias se configuram como as fontes de justificação do direito penal, em alternativa à anarquia das reações às ofensas — desde as vinganças privadas até as reações informais e arbitrárias dos aparatos públicos [...] A única justificação racional que do direito penal se pode dar, em oposição às hipótese abolicionistas, é que ele serve para reduzir, ou minimizar, a quantidade e a qualidade de violência na sociedade: não somente a violência dos crimes, mas também a violência das reações aos crimes.

Neste ponto, o autor já demonstra sua preocupação no que se refere à criação de normas penais, visto que estas devem ter como fonte legitimadora as garantias que buscam minimizar tanto a violência dos crimes, quanto as reações violentas surgidas individualmente em decorrência destes ou a possível intervenção arbitrária do estatal. Neste ponto, as garantias funcionariam como um parâmetro legitimador da atuação primária Estado, visto que este só poderá agir dentro dos limites pré-determinados por elas, buscando sempre a diminuição da violência e expansão das liberdades.

Com relação ao aspecto da vigência e validade da norma, o garantismo abre espaço para uma nova forma de interpretação. Pois ele concebe a possibilidade de existirem leis que sejam formalmente compatíveis com o ordenamento jurídico, por seguirem os trâmites burocráticos de tramitação previamente estabelecidos, mas materialmente incompatíveis com o sistema, por estarem em desacordo com os princípios norteadores do direito penal. Assim, fica evidente o conflito entre o *ser* (produção legislativa) e o *dever ser* (obediência aos

princípios constitucionais).

Em que pese nosso ordenamento jurídico permitir que as leis manifestamente inconstitucionais não sejam aplicadas, através dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, a teoria garantista já previa tal possibilidade, visto que nela o julgador não teria a obrigação de aplicar dispositivos materialmente inválidos. Dessa maneira, tanto pela interpretação constitucional do direito penal, quanto pela teoria garantista, caberá ao juiz verificar a validade norma e sua (in) aplicabilidade.

Já no ultimo aspecto de sua teoria, Ferrajoli (2013, p. 490) trata das bases filosóficas e políticas do garantismo, ao definir que:

Como filosofia política, o garantismo é uma doutrina normativa sobre o *dever ser* do direito penal de um ponto de vista axiológico externo. Daí sua dimensão “projetual”, além que normativa. A doutrina filosófica do garantismo elabora de fato — assim como os dois escopos que justificam a minimização tanto dos delitos como das penas que ela atribui ao direito penal — os modelos normativos do direito penal como lei do mais fraco, isto é, como sistema de garantias que tutelam os direitos de todos: das vítimas dos delitos assim como dos que enfrentam os processos e as penas.

Assim, observamos que a tese do autor trata do *dever ser* do direito penal, buscando refletir além dos aspectos normativos. É de grande importância destacar que neste momento é proposta uma nova reflexão a respeito do modelo normativo de direito, pois este deverá ser considerado um dispositivo de proteção do mais vulnerável, funcionando assim como uma barreira de contenção aos avanços injustificáveis e desproporcionais do poder punitivo estatal.

Após a breve introdução sobre a teoria do garantismo penal e seus principais aspectos, podemos constatar a abrangência e complexidade da mesma, visto que ela propõe não apenas uma análise sobre a norma penal e sua aplicabilidade, mas do sistema jurídico como um todo. Deste modo, é importante demonstrar quais as principais dúvidas e equívocos que surgem a respeito da teoria, principalmente no cotidiano forense.

1.1 A PROPOSTA GARANTISTA DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO

É importante destacar que em diversas discussões sobre a teoria do garantismo penal e suas nuances, surgem algumas dúvidas e equívocos a respeito de seu conteúdo. Muitas vezes tratando essa teoria de forma pejorativa ou associando ela a outras teorias penais e político criminais.

Como afirma Feldens (2010, p.258-259) ao descrever o processo de apropriação do termo:

No Brasil, a distorcida difusão do termo revela-se frequentemente associada a discursos críticos em torno do sistema jurídico-penal, servindo, inclusive, a um etiquetamento maniqueísta de profissionais do Direito, estereotipados como “garantistas” ou “antigarantistas” a partir de uma postura mais ou menos liberal que assumam em relação à legitimidade da intervenção penal. O ápice da imprecisão se evidencia quando discursos radicalmente opostos, de matizes abolicionistas, de um lado, e sociodefensivistas, de outro, autoproclamam-se, ambos, “garantistas”. Se algo breve deve aqui ser dito é que o garantismo jurídico não está em nenhum deles.

Diante deste relato já podemos observar o conflito gerado em torno da nomenclatura garantista, pois além de tentar rotular de forma extremamente simplória aqueles profissionais que tem uma postura mais ou menos inclinada ao uso do direito penal e seus mecanismos, percebemos correntes teóricas diametralmente opostas querendo se legitimar como representantes do garantismo penal. Este fato além de demonstrar a falta de rigor no emprego do termo, expõe outro fator interessante, que é a necessidade de legitimar a sua linha dogmática através dessa teoria. Dado inicialmente pelo seu grau de complexidade, e posteriormente por sua conformidade constitucional, como será abordado adiante,

Primeiramente cabe rememorar que uma das finalidades da teoria garantista é promover uma diminuição proporcional ao poder punitivo estatal e preservar ao máximo as liberdades individuais. Vale ressaltar que esta teoria não prevê o suprimento das punições em sua totalidade ou advoga pelo fim do sistema penal tal qual conhecemos atualmente, apesar de tecer duras críticas a este e também propor reformas contundentes em sua estrutura. Assim, a teoria garantista não pode ser enquadrada dentro das teorias abolicionistas, pois ela visa transformações dentro de um sistema já existente, não buscando a ruptura radical e superação deste.

Com relação às teorias sociodefensivistas, em regra, estas se mostram em linha oposta ao garantismo penal, pois defendem o suprimento ou a diminuição de garantias constitucionais para atingir determinados fins. Conforme fora visto anteriormente, o garantismo penal é mecanismo de contenção do poder punitivo, e não de intervenções violentas do Estado, por mais que estas estejam imbuídas de nobres objetivos, como a defesa da coletividade ou das vítimas. Relembrando ainda que em seu último significado, o garantismo é o direito de todos, mas principalmente daquele que se encontra em situação jurídica de vulnerabilidade, não podendo ser conferido para alguns indivíduos em detrimento de outros.

Neste sentido, faz-se essencial transcrever o posicionamento de Ferrajoli (2010, p. 767) ao alertar sobre os possíveis prejuízos que a conversão do acusado em inimigo pode causar:

A razão jurídica do Estado de direito, de fato, não conhece amigos ou inimigos, mas apenas culpados e inocentes. Não admite exceções às regras senão como fato extra ou antijurídico, dado que as regras – se são levadas a sério, como regras, e não como simples técnicas – não podem ser deixadas de lado quando for cômodo. E na jurisdição o fim não justifica os meios, dado que os meios, ou seja, as regras e formas, são as garantias de verdade e liberdade.

Diante das reflexões apresentadas, constatamos que o garantismo penal além de ter como característica a criação de um direito penal mínimo e orientar o processo penal na proteção de garantias fundamentais, também se mostra uma teoria equilibrada, evitando tanto os excessos intervencionistas, presentes em um discurso populista penais, quanto teorias complexas e de difícil aplicação, como o abolicionismo. É imperioso destacar ainda que a garantias penais jamais devem ser vistas como um óbice ou empecilho à justiça, visto que elas representam os valores que legitimam a aplicação do direito penal.

2 OS AXIOMAS GARANTISTAS E SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

Ao idealizar sua teoria Luigi Ferrajoli desenvolve dez axiomas que irão nortear o garantismo penal e processual penal. É relevante observar que estes foram incorporados em nossa Constituição e desempenham um papel fundamental, pois estabelecem os princípios que orientam (ou deveriam orientar) todo sistema normativo penal nacional, tanto no momento da criação de leis, quanto em sua aplicação.

Como exemplo, temos os primeiros axiomas *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei) e *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime), que se encontram positivados expressamente pelo inciso XXXIX do artigo 5º da CF, dispondo que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O inciso em questão diz respeito a dois dos mais importantes princípios penais do ordenamento jurídico nacional, sendo eles o Princípio da legalidade ou da reserva legal e da Anterioridade.

Sobre estes princípios e suas principais nuances, preconiza Santos (2014, p.20):

O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravamento de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas, e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais (art. 5º, XXXIX, CR).

Outros dois axiomas de grande relevância são o *Nulla injuria sine actione* (Não há

ofensa sem ação) e *Nulla actio sine culpa* (Não há ação sem culpa), que dispõem diretamente sobre a conduta do agente e a possibilidade de sua responsabilização. O primeiro princípio é enfático ao destacar que só haverá possibilidade de intervenção penal mediante a ação do indivíduo, não podendo este ser responsabilizado por meras conjecturas ou pensamentos, e sim pelo dano causado ao bem jurídico em concreto. Já o segundo trata da culpabilidade do agente, devendo ser puníveis apenas aquelas condutas em que estejam imbuídas dolo ou culpa.

Vale ressaltar que o autor estatuiu diretrizes referentes ao processo penal que também foram incorporadas pela Constituição, estando elas presentes nos axiomas *Nulla culpa sine iudicio* (Não há culpa sem processo), *Nulla iudicium sine accusatione* (Não há processo sem acusação), *Nulla accusatio sine probatione* (Não há acusação sem prova) e *Nulla probatio sine defensione* (Não há prova sem defesa). Destarte, estes princípios processuais penais são tão relevantes quanto os anteriormente expostos, pois conferem ao processo penal uma importante posição na proteção de garantias fundamentais e controle da intervenção do Estado, pois reveste o direito penal de uma forma que também figura como garantia.

Conforme fora demonstrado até o momento, fica evidente o posicionamento garantista adotado pela Constituição Federal, não apenas pela incorporação expressa dos mandamentos garantistas em seu texto legal, mas pelo seu conteúdo democrático e programático, que deve almejar a proteção individual e preservar o devido processo legal através de medidas que confirmam efetividade aos princípios constitucionais penais.

É imperioso destacar ainda a necessária a incorporação dos outros aspectos desenvolvidos pela teoria garantista, pois a efetivação desta só poderá ocorrer quando seus pressupostos estiverem em consonância (modelo normativo, controle de vigência e validade das normas e fundamentos político filosóficos).

3 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (*NULLA LEX (POENALIS) SINE NECESSITATE*) E SUA NECESSÁRIA APLICAÇÃO NA CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO ESTATAL

Neste terceiro ponto do trabalho desenvolvido será apresentada a possibilidade de aplicação do princípio da intervenção mínima com objetivo de conter do poder punitivo estatal quando este exceder seus limites.

Em primeiro lugar, destaque-se que o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, tem a função inicial de nortear a utilização do direito penal, para que ele seja invocado apenas em último caso, quando todos os outros ramos jurídicos tenham se mostrado insuficientes para proteger determinados bens de maior relevância.

Tendo em vista o caráter incisivo e estigmatizante do direito penal, se deve exercer um sério controle sobre seu alcance e aplicação, pois este produz resultados drásticos e prejudiciais se for manejado sem o mínimo de técnica e em qualquer situação banal. Destaca-se o posicionamento de Bitencourt (1995, p.32) sobre o tema:

Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis e administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser de *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

É relevante destacar ainda a existência do axioma garantista correspondente ao princípio da intervenção mínima, sendo este o *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* que preconiza pela a não existência da lei sem necessidade, devendo o aspecto necessidade ser observado de acordo com os apontamentos feitos anteriormente, onde ela deverá surgir apenas no momento em que os outros ramos jurídicos se mostrem incapazes de realizar a proteção de determinado bem jurídico.

Firmado este entendimento, cabe refletir agora em qual momento o princípio da intervenção mínima deverá ser aplicado no ordenamento jurídico nacional. Inicialmente, ele deve nortear o legislador, pois cabe a ele selecionar quais bens necessitam ou não de intervenção penal, devendo decidir isto após uma análise séria sobre a falibilidade dos outros ramos do direito.

Como a falta de rigor na criação de leis (não observância dos princípios penais constitucionais) e o populismo penal são fatores constantes no cotidiano legislativo, comumente entram em tramitação alguns projetos normativos com pouca técnica e carregados de elementos simbólicos e emergenciais, além de exceder claramente o princípio da intervenção mínima. Devendo estes ser questionados e retirados do ordenamento jurídico nacional, não só por violarem o princípio da legalidade, mas por infringir inicialmente o princípio da intervenção mínima.

Diante do que vem sendo defendido no presente artigo, a teoria do garantismo penal deve ser empregada conjuntamente com a interpretação dos princípios constitucionais penais, para expurgar do sistema normativo nacional aqueles dispositivos legais (podendo ser penais ou processuais) que violam tanto os princípios penais positivados quanto os axiomas

garantistas. Isto no intuito não só de limitar o *jus puniendi*, mas de conferir a tutela penal apenas aqueles bens jurídicos realmente indisponíveis e que seu dano seja irreparável.

Outrossim, não existe nenhum óbice constitucional a interpretação extensiva do garantismo penal, pois ao incorporar seus axiomas e se pautar por valores democráticos, entende-se que a Constituição possibilita a utilização dos outros elementos dessa tese para alcançar o objetivo da norma e retirar do ordenamento aquelas que estejam em desconformidade legal, por violarem princípios constitucionais que são substanciados por pelos axiomas garantistas.

CONCLUSÃO

Com base nas discussões apresentadas no artigo, podemos concluir que a teoria do garantismo penal vai muito além da mera análise de dispositivos penais positivados ou rótulo empregado em alguns operadores jurídicos.

Ficou demonstrado de forma sucinta a organização dessa teoria e seu grau de complexidade, ao tratar três aspectos do sistema penal: modelo normativo, controle de vigência e validade das normas e fundamentos político filosóficos. Além disto, a sua situação dentro do cenário dogmático penal, sendo esta teoria idealizadora de um direito penal mínimo que busca a redução da violência e expansão das liberdades.

Ressalta-se também a criação de axiomas que tem por finalidade orientar a aplicação desta teoria, sendo verificado que estes se encontram em consonância com a Constituição Federal, tendo sido inclusive incorporados por ela em alguns de seus incisos delimitadores da intervenção estatal. Assim, ficou constatado que os princípios constitucionais penais também são substanciados pelos mandamentos garantistas.

Por fim, foi demonstrada a possibilidade/necessidade da aplicação no princípio da intervenção mínima, que também encontra amparo na premissa garantista do *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, nos casos onde for constatada a violação deste princípio, principalmente em decorrência de leis pouco técnicas que não obedecem aos critérios estabelecidos na constituição através dos princípios penais estatuídos. Além disto, ficou comprovado que a ao se encontrar em consonância com a Constituição Federal, a teoria garantista poderá ser empregada em seu auxílio, na retirada de normas materialmente em desacordo com o sistema jurídicos nacional jurídico.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal: Parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

FELDENS, Luciano. Aproximações teóricas sobre o garantismo jurídico. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. 2010, p.273. Disponível em:
<<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>> ISBN: 978-85-7430- 991-0. Acesso em: 15.05.2017.

FERRAJOLI, Luigi. Garantias e direito penal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 485500, maio/ago. 2013.

_____. O subsistema penal de exceção. **Direito e razão**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito: parte geral**. 6 ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.