

2

Modelos penais à luz do garantismo

2.1

Introdução

Consoante Norberto Bobbio, a obra *Direito e Razão*, do professor italiano Luigi Ferrajoli, desenvolve-se através de antíteses ou grandes dicotomias concatenadas entre si, sendo que da grande antítese *liberdade-poder* surgem todas as outras¹. Essa confrontação é utilizada para criar uma tipologia de modelos penais epistemológicos, normativos e axiológicos e, enfim, chegar ao objetivo maior: a definição do modelo garantista.

O modelo penal garantista é uma construção de Luigi Ferrajoli a partir de uma profunda revisão crítica do chamado modelo penal garantista clássico, de matriz ilustrada. Percorrendo não apenas as bases epistemológicas do modelo clássico, mas também seus fundamentos axiológicos externos (critérios de justificação ético-política) e internos (jurídicos), o autor visa alcançar um modelo penal que permita fundamentalmente legitimar ou deslegitimar os sistemas jurídico-penais concretos ou mesmo determinados institutos penais e processuais-penais, de acordo com os parâmetros do Estado Constitucional de Direito.

No entanto, é importante verificar que Ferrajoli tem o pensamento penal ilustrado como um grande legado para as Ciências Penais e o toma como base, como verdadeira idéia inspiradora² para seu modelo garantista, ainda que completamente revisitado teoricamente e sem poupá-lo de críticas³. De fato, o direito penal e o direito processual penal nos ordenamentos jurídicos desenvolvidos é um produto predominantemente moderno, ou seja, estão

¹ BOBBIO, Norberto. Prólogo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 14.

² *Ibid.*, p.14

³ Consoante Carlos Alberto Plastino, é chegada a hora de resgatar do Iluminismo a crítica, ainda que isso implique em questionar o próprio paradigma moderno. “Não se trata obviamente de condenar a modernidade nem de ignorar seus múltiplos aspectos positivos; mas de denunciar a unilateralidade de suas concepções centrais sobre o homem, as relações sociais e as relações com a natureza. Torna-se necessário proceder a uma crítica radical – das raízes – de um modelo que, como todos os outros, é um modelo historicamente construído”: PLASTINO, Carlos Alberto. *Os horizontes de Prometeu: Considerações para uma crítica da modernidade*, p. 19.

fundados em princípios elaborados por pensadores de tradição jurídica ilustrada e liberal que foram incorporados nos Códigos e nas Constituições modernas, e que aí subsistem até os dias atuais⁴. Assim, a cultura penalista herdou do pensamento ilustrado “la formulación más incisiva de la mayor parte de las garantías penales e procesales dentro de las formas del estado constitucional de derecho”⁵.

Ainda que reconheça o legado da Ilustração, Ferrajoli denuncia a “intrínseca debilidade política”⁶ do modelo penal ilustrado, consequência da debilidade de suas bases epistemológicas e de seus fundamentos axiológicos. Nas palavras do autor,

“este esquema, como es sabido, presenta numerosas aporías lógicas y teóricas que hacen de él un modelo ideal y en gran parte ideológico y que en varias ocasiones han provocado su descalificación científica y política por parte de la cultura jurídica con resultados indefectiblemente antigarantistas.”⁷

É que os postulados do modelo penal ilustrado foram construídos a partir de pressupostos teóricos e filosóficos os mais distintos, nem sempre liberais, muitas vezes capazes de informar tecnologias penais autoritárias. A tradição penalista de matriz ilustrada buscou sua fonte no jusnaturalismo, nas teorias contratualistas, na filosofia racionalista e empirista, nas doutrinas políticas da separação de poderes e da supremacia da lei, no positivismo jurídico e nas concepções utilitaristas do direito e da pena⁸. Assim, os modelos penais modernos são capazes de justificar uma concepção de pena como mínima aflição necessária, mas também adotar teorias da prevenção especial ou da defesa social, que determinam a estigmatização do infrator da lei penal.

A proposta de Ferrajoli é a de um *utilitarismo penal reformado* de forma que o direito penal e as penas tenham como fim a prevenção dos delitos com vistas a proporcionar a máxima segurança à sociedade, ou seja, para tutela da

⁴ Consoante Salo de Carvalho, do ponto de vista da política criminal, o garantismo penal “nasce e se desenvolve a partir da matriz iluminista da ilustração”. Com base nas definições de Rouanet, Salo explica que o iluminismo é modelo crítico de produção de saber que transcende uma época determinada e cruza, de forma transversal, a história da humanidade, ao contrário da categoria ilustração, que é datada, ou seja, refere-se às idéias que floresceram durante o século XVIII. Nesse sentido, o garantismo penal se identifica com a proposta iluminista de um saber jurídico verdadeiramente crítico: CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*, p.80.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 23.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., p. 34.

⁸ Ibid, p. 33.

maioria não-desviada, e, ao mesmo tempo, a prevenção das reações penais arbitrárias por parte do poder punitivo, a fim de tutelar também a minoria dos desviados.

Ferrajoli assevera que a tradição penal utilitarista baseia-se quase que por completo na primeira versão, ou seja, na concepção de que o único fim da pena e do direito penal é a prevenção de futuros delitos para a maioria que não cometeu crimes, e que, por não ser capaz de indicar critérios de limitação ao poder punitivo, são, a partir do século XIX, orientadas à justificação de modelos penais correcionalistas e intimidatórios de *direito penal máximo*.

Portanto, a proposta de Ferrajoli de revisão das bases epistemológicas, normativas e axiológicas do modelo penal ilustrado converge para uma revisitação crítica do paradigma moderno:

“(...) Centrada aparentemente no homem e na razão, a modernidade acabou gerando sociedades irracionais e desumanas, caracterizadas pela dominação do homem pelo homem e pela destruição da natureza. Paradoxalmente os valores centrais da modernidade – fraternidade, liberdade, igualdade, organização racional da vida – exigem, para sua implementação, profundas transformações de nossas concepções antropológicas, ontológicas e epistemológicas.”⁹

2.2

Modelos penais epistemológicos e normativos

O fundamento cognoscitivo do direito penal e do direito processual penal, traço fundamental do garantismo penal de elaboração ferrajoliana, emerge da confrontação de dois modelos: modelo penal convencionalista-cognoscitivista e modelo penal substancialista-decisionista. Esta antítese é utilizada por Ferrajoli como instrumento para a construção do seu modelo penal garantista desde uma perspectiva epistemológica.

Dizer que o direito penal e o direito processual penal possuem um fundamento cognoscitivo significa, em breves palavras, que as definições legislativas e as decisões judiciais em matéria penal devem ser racionais, fundadas no conhecimento antes que na autoridade. Assim, a descrição legal das infrações

⁹ PLASTINO, Carlos Alberto. O direito na crise do paradigma da modernidade. In: CUNHA, José Ricardo Ferreira. *Direito e estética: fundamentos para um direito humanístico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 16.

penais não deve fazer referência a valores, mas a fatos empíricos definidos com exatidão. Seguindo a mesma orientação, a persecução penal deverá basear-se em proposições sujeitas à comprovação por parte da acusação e à contestação por parte da defesa, e não em valorações. Desta forma, Ferrajoli indica os elementos constitutivos do esquema epistemológico garantista: o convencionalismo penal, referente à definição legislativa das infrações penais, e o cognoscitivismo processual, referente à comprovação jurisdicional das mesmas.

O convencionalismo penal identifica-se com o princípio de estrita legalidade na determinação abstrata do que é punível. O princípio de estrita legalidade exige duas condições. A primeira condição refere-se ao caráter formal ou legal de definição do comportamento proibido em matéria penal. Equivale ao tradicional princípio da reserva legal, consubstanciado na máxima *nullum crimen et nulla poena sine lege*¹⁰, e preferencialmente denominado por Ferrajoli como “princípio de mera legalidade” enquanto norma dirigida aos juízes. Segundo tal princípio, a infração penal deve ser formalmente indicada pela lei como pressuposto necessário de aplicação da respectiva pena.

Para Ferrajoli, o princípio de legalidade estrita, além da condição legal de definição dos crimes, deve-se primordialmente a uma segunda condição, que diz respeito ao caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio penal legalmente definidas pelo legislador. O mestre italiano prefere designar a estrita legalidade com ênfase nessa segunda condição, que estabelece que a definição legal das infrações penais deve fazer referência somente a fatos – condutas humanas empíricas e objetivas –, e não a *status* ou quaisquer outras condições subjetivas pessoais do imputado. Expressa no brocardo latino *nulla poena sine crimine et sine culpa*, essa segunda condição, enquanto norma dirigida ao legislador, impõe a reserva absoluta da lei penal na definição dos crimes, de forma que os juízes não estejam somente vinculados à lei penal do ponto de vista formal, mas também ao

¹⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21-22. O saudoso penalista explica que o princípio da legalidade, enunciado por meio da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* construída por Feuerbach no começo do século XIX, apresenta na concepção atual uma “função de garantia da lei penal” que provoca o desdobramento do princípio em quatro outros princípios”. Assim é que *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta, certa*. “*Lex praevia* significa proibição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. *Lex scripta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia (*analogia in malam partem*). *Lex certa*, a proibição de leis penais indeterminadas”.

seu conteúdo, ou seja, à definição legal – fática e empírica – precisa do comportamento delituoso.

O princípio da legalidade estrita, enquanto técnica legislativa, não admite normas penais constitutivas, mas somente regulativas do comportamento punível:

“el principio de estricta legalidad, por tanto, se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatórias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, com carácter ‘constitutivo’, antes que ‘regulativo’ de lo que es punible: como las normas que en terribles ordenamientos pasados perseguían a las brujas, los hereges, los judíos, los subversivos o los enemigos del pueblo; o como las que todavía existen (...) que persiguen a los ‘vagos’, los ‘vagabundos’, los ‘proclives a delinquir’, los ‘dedicados a tráficos ilícitos’, los ‘socialmente periculosos’ y semejantes.”¹¹

O convencionalismo penal abrange portanto uma visão, ao mesmo tempo, nominalista e empirista do comportamento punível, que se expressa na máxima hobbesiana *auctoritas, no veritas facit legem* consoante a feliz síntese de Ferrajoli:

“no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino solo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a um fenómeno relevancia penal. Y la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino sólo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto.”¹²

A concepção convencionalista encontra-se em dois legados ou ganhos fundamentais para a teoria clássica do direito penal e para a tradição jurídica liberal. Primeiramente, a noção de liberdade negativa (como não-interferência): como a lei penal define com rigidez as condutas proibidas e conseqüentemente puníveis, toda conduta que não é definível pela lei como infração penal é permitida, ou seja, encontra-se na esfera de liberdade de atuação do cidadão. O segundo legado é a idéia de igualdade jurídica em seu sentido formal, ou seja, a igualdade de todos perante uma lei que vincula, de forma precisa, uma pena determinada a uma conduta determinada, sem distinção das pessoas que a cometeram, evitando assim discriminações apriorísticas referentes à personalidade e às condições subjetivas antropológicas, políticas ou sociais do imputado.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p.35.

¹² *Ibid.*, p. 35-36.

O cognoscitivismo processual na determinação concreta das infrações penais completa, juntamente com o convencionalismo penal, o modelo epistemológico garantista. Os dois elementos estão interligados, de forma que o segundo atua como condição de efetividade do primeiro.

O cognoscitivismo processual é assegurado pelo princípio de estrita jurisdicionariedade. Para que o comportamento punível não seja constituído e sim regulado pelo direito penal, é necessário não só a realização do princípio de estrita legalidade na definição legal, precisa e empírica dos fatos delituosos, mas também o princípio de estrita jurisdicionariedade, que exige duas condições. Primeiramente, as hipóteses da acusação devem ser recognoscitivas das normas penais incriminadoras, ou seja, devem reconhecer e descrever o fato delituoso ocorrido na prática em conformidade com a descrição legal, de modo que seja suscetível de prova e análise judicial, segundo a regra *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Por outro lado, é imprescindível também que as hipóteses acusatórias sejam concretamente submetidas à verificação e sujeitas à refutação através da produção de provas e contra-provas, consoante a máxima *nullum iudicium sine probatione*, de forma que o juízo penal seja cognoscitivo dos fatos regulados pela lei penal incriminadora.

Através do cognoscitivismo processual, Luigi Ferrajoli constrói

“un modelo teórico e normativo del proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de um procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite solo, o predominantemente, aserciones o negaciones – de hecho o de derecho – de las que sean predicables la verdad o la falsedad procesal.”¹³

Em síntese, o modelo de jurisdição penal garantista prima pelo conhecimento, sendo cognoscitivo de fato e recognoscitivo de direito, mediante atividade jurisdicional não-discrecionária e sim de verificação empírica, que não se baseia em valorações *post factum*, ou seja empreendidas após o cometimento do fato delituoso, e sim que busca a verdade e a certeza na determinação das infrações penais.

Como antítese ao modelo garantista de legalidade penal e processual, Ferrajoli descreve outro modelo, informador de uma tradição autoritária mais

¹³ Ibid., p.37.

antiga que o modelo garantista moderno, e que ainda subsiste em razão de práticas legislativas, jurisdicionais e policiais. Tal modelo penal configura uma epistemologia específica, denominada inquisitiva ou anti-garantista, em contraposição ao modelo epistemológico garantista já descrito.

Assim como a epistemologia garantista, a epistemologia inquisitiva apresenta dois elementos característicos, um relativo à definição legislativa das infrações penais – substancialismo penal – e outro relativo à comprovação judicial do comportamento delituoso – decisionismo processual.

Na epistemologia inquisitiva, o critério de definição dos delitos pela lei adota uma concepção ontológica ou substancialista de infração penal. O objeto do conhecimento e tratamento penal não é o delito como conduta formalmente descrita pela lei, e sim a conduta em si mesma imoral ou anti-social, ou ainda a própria pessoa que comete a infração penal, cuja conduta é apenas uma manifestação de sua personalidade intrinsecamente má ou anti-social.

O substancialismo penal descaracteriza o princípio da legalidade como garantia e regra de definição exaustiva e precisa das infrações penais, dando lugar a critérios de definição substancial do delito, como a previsão de tipos penais abertos e indeterminados, que não definem as condutas delituosas de forma exata, precisa, permitindo sua determinação empírica, mas sim figuras elásticas e vagas, que permitam a determinação valorativa da conduta pelo juiz. Ainda pior é o critério substancialista que desqualifica a conduta como pressuposto da pena, erigindo uma tipologia de autor ontologicamente criminoso. O substancialismo penal também se manifesta nas medidas de prevenção e defesa social presentes nos ordenamentos positivos, baseadas em critérios subjetivos, como a mera suspeita do cometimento de delitos e a presunção de periculosidade orientada por condições ou *status* pessoais como os de vagabundo e reincidente.

O denominador comum desses critérios substancialistas é a finalidade de se punir o indivíduo não diretamente pelo que ele fez, e sim pelo que ele é, ofendendo o princípio da estrita legalidade e suas implicações sobre a liberdade e a igualdade através de discriminações e invasões arbitrárias na esfera de liberdade das pessoas.

Ao lado do substancialismo penal, tem-se o decisionismo processual como segundo elemento da epistemologia inquisitiva. A matéria processual passa a recair menos sobre os fatos, sobre a conduta do infrator da lei penal, e mais sobre

as suas condições ou qualidades pessoais, gerando uma perversão inquisitiva do processo¹⁴, na medida em que ele se dirige à análise da interioridade, da personalidade do imputado ao invés de analisar a prova dos fatos ocorridos. A subjetividade passa a orientar as decisões judiciais, que, baseando-se em valorações, diagnósticos ou suspeitas com relação à pessoa do imputado e não em fatos, degrada a verdade processual enquanto verdade empírica, abrindo espaço para o livre convencimento do juiz e para a discricionariedade e arbitrariedade de suas decisões.

Assim como o substancialismo penal descaracteriza o princípio da estrita legalidade, o decisionismo processual determina a atenuação ou mesmo a completa dissolução da estrita jurisdicioriedade: confere ao juiz um poder de etiquetamento e de inquisição e degenera o juízo penal, que, de juízo motivado em fatos comprováveis passa a juízo baseado em valorações caracterizadoras de decisões potestativas, não-cognoscitivas, e portanto, autoritárias. Assim, não possuindo caráter cognoscitivo, o modelo decisionista contradiz o conceito mesmo de jurisdição, e o processo penal passa a configurar uma atividade administrativa:

“Si, en efecto, ‘juris-dicción’ designa um procedimiento de comprobación de los presupuestos de la pena que se expresa en aserciones empíricamente verificables y refutables, cualquier actividad punitiva expresamente contraria a este esquema es algo distinto a la jurisdicción. Precisamente, se trata de una actividad substancialmente ‘administrativa’ –o, si se quiere, ‘política’ o ‘de gobierno’–, caracterizada por formas de discrecionalidad que, al afectar a las libertades individuales, inevitablemente desembocan en el abuso.”¹⁵

O que é fundamental perceber na contraposição do modelo epistemológico convencionalista com o modelo epistemológico substancialista, é o tipo de verdade perseguida por cada um. O primeiro modelo persegue a verdade formal ou processual, cuja obtenção se conforma a regras estabelecidas pela lei, enquanto o segundo modelo aspira à verdade material ou substancial, também chamada real, não adstrita a limites legais. A verdade formal tem como objeto fatos e circunstâncias descritos na lei como penalmente relevantes, enquanto a verdade material não se atém apenas a fatos e circunstâncias, mas também a indagações inquisitivas a respeito da pessoa do infrator. Quanto aos meios de alcance, a

¹⁴ Ibid., p.43.

¹⁵ Ibid., p.43-44.

verdade formal encontra-se condicionada pelo respeito aos procedimentos e garantias processuais como a ampla defesa e o contraditório, ao contrário da verdade material, que é alcançável por qualquer meio, não estando vinculada a rígidas regras procedimentais. Assim, a verdade material tem a pretensão de ser uma verdade absoluta, e como tal, degenera-se em juízo de valor, autoritarismo e arbitrariedade. A verdade formal ou processual, por sua vez, encontra-se circunscrita pelas teses acusatórias formuladas conforme as leis e se baseia na provas produzidas de acordo com procedimentos legais, e, como tal, é uma verdade relativa, apenas opinável e provável.

Verifica-se que os distintos modelos de direito penal – convencionalista e substancialista – informam epistemologias processuais distintas que contrapõem cognoscitivismo e decisionismo, comprovação e valoração, prova e inquisição, razão e vontade, e por fim, verdade e poder¹⁶. Conclui-se que existe um nexo indissolúvel entre garantismo, convencionalismo penal e cognoscitivismo processual, assim como existe um nexo entre despotismo, substancialismo penal e decisionismo processual.

No entanto, o que não se pode deixar de ter em vista e denunciar é a impossibilidade epistemológica de um perfeito cognoscitivismo nos moldes estabelecidos pelo modelo garantista ilustrado. O pensamento penal da Ilustração baseava-se na idéia de uma perfeita correspondência entre os fatos concretos e a descrição abstrata dos mesmos na lei penal, bem como numa concepção do juízo penal como aplicação mecânica da lei¹⁷. Assim, a verdade dos pronunciamentos judiciais buscada pelo pensamento ilustrado correspondia a uma verdade tida como absolutamente certa e objetiva, expressão de um ideal inalcançável. O modelo garantista é pois um modelo ideal, fruto de uma utopia liberal que jamais se realizou e jamais se realizará, pois a verdade no processo deve ser analisada tendo-se em conta a inevitável margem de discricionariedade das decisões

¹⁶ Ibid., p.45.

¹⁷ Para Cesare Beccaria, as decisões do juiz deveriam representar um silogismo perfeito, de forma a permitir a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis: “en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez, por fuerza o voluntad, quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”.

Por sua vez, Montesquieu afirmava a idéia mecanicista da jurisdição, de todo compartilhada pelo pensamento ilustrado: “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 75 e 16.

judiciais. Como tal, a atividade jurisdicional compreende espaços de poder inevitáveis, ainda que em maior ou menor medida: espaços para a interpretação da lei que serão maiores ou menores em razão do maior ou menor grau de indeterminação dos tipos penais; espaços para a eleição ou escolha de hipóteses explicativas advindas da produção empírica das provas; espaços para a valoração dos fatos de acordo com a equidade do juiz; espaços para a discricionariedade dispositiva do juiz. Os três primeiros tipos de poder – poder de denotação jurídica, poder de verificação fática e poder de conotação eqüitativa¹⁸ – são agrupados por Ferrajoli sob a denominação comum de poder de cognição, que é fisiológico, ou seja, inerente ao sistema. Por outro lado, entende que o espaço conferido à última espécie de poder – o poder dispositivo – é

“producto patológico de desviaciones y disfunciones políticamente injustificadas de los tres primeros tipos de poder; y que las garantías penales e procesales representan precisamente aquel conjunto de técnicas de definición y de comprobación de los presupuestos de la pena encaminadas a reducir todo lo posible el poder judicial arbitrario y a satisfacer el modelo de manera siquiera sea parcial y tendencial.”¹⁹

Mas, ainda que a realização plena do modelo cognoscitivista corresponda a uma utopia, ele é parâmetro e fundamento de racionalidade para qualquer sistema penal garantista²⁰, pois é a partir da análise do maior ou menor grau de poder que interfere na atividade jurisdicional, que se verifica o maior ou menor grau de irracionalidade jurídica e de ilegitimidade política de um determinado sistema penal.

A proposta de Ferrajoli é a de uma redefinição deste modelo epistemológico, tomando-o como um modelo-limite que não pode ser plenamente alcançado, mas do qual se é possível aproximar. É a partir da noção de verdade formal ou processual que se redefine as bases da epistemologia ilustrada, reconstruindo o modelo cognoscitivista-convencionalista através da reabilitação da verdade processual como verdade apenas aproximativa do ideal ilustrado da perfeita correspondência.

Ferrajoli utiliza a definição de verdade utilizada por Alfred Tarski para estabelecer uma definição nominal, semântica e também de caráter estritamente

¹⁸ Ibid., p. 40.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

cognoscitivo da verdade processual, decomposta em verdade fática e verdade jurídica. Tal teoria consiste numa estipulação geral das condições do uso do termo “verdadeiro”. Consoante Tarski,

“una proposición P es verdadera si, y solo si, p”, donde “P” está por el nombre metalingüístico de la proposición y “p” por la proposición misma: por ejemplo, “la oración ‘la nieve es blanca’ es verdadera si, y solo si, la nieve es blanca.”²¹

Assim, uma decisão ou proposição jurisdicional será verdadeira se, e somente se, é verdadeira tanto no plano fático (em relação aos fatos ocorridos) quanto no plano jurídico (em relação às estipulações legais sobre tais fatos). Aplicando a teoria à proposição jurisdicional *Caio cometeu culpavelmente o fato “x” descrito pela lei como crime*, temos pois as seguintes conclusões: a assertiva *Caio cometeu culpavelmente o fato “x”* é verdadeira se, e somente se, Caio cometeu culpavelmente o fato “x”, que corresponde à verdade fática; a assertiva *o fato “x” está descrito na lei como crime* só é verdadeira se, e somente se, o fato “x” está descrito na lei como crime, que, por sua vez, corresponde à verdade jurídica.

Para Ferrajoli, a grande vantagem da definição da verdade processual de acordo com a teoria tarskiana é que ela se propõe apenas a elucidar o significado do termo verdadeiro como predicado metalingüístico de um enunciado, oferecendo portanto uma definição apenas nominal, ao contrário da teoria ilustrada, que pretendia uma definição real de verdade que deveria pressupor uma correspondência ontológica entre as teses tidas como verdadeiras e a realidade sobre as quais tais teses dispõem.

No plano semântico, a verdade das teses judiciais não difere a princípio, da verdade das teorias científicas, ou seja, esta é sempre uma verdade relativa, aproximável do ideal de verdade absoluta objetivado pela teoria liberal, conforme explica Ferrajoli:

“La ‘verdad’ de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma ‘la verdad’ de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas

²¹ Ibid., p. 48.

por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos. Para expresar esta relatividad de la verdad alcanzada en cada ocasión se puede muy bien usar la noción sugerida por Popper de ‘aproximación’ o ‘acercamiento’ a la verdad objetiva, entendida ésta como um ‘modelo’ o uma ‘idea regulativa’ que ‘somos incapaces de igualar’ pero a la que nos podemos acercar (...)²².

A verdade processual encontra-se limitada por fatores de incerteza que a afastam do modelo ideal da correspondência. A verdade processual de fato e de direito não pode ser afirmada a partir de observações diretas devido ao caráter probabilístico da verdade fática e ao caráter opinável da verdade jurídica. A verdade fática consiste num tipo de verdade histórica, ou seja, relativa a proposições acerca de fatos passados. Assim, o juiz não pode examinar diretamente os fatos a serem julgados pois estes não podem ser aferidos diretamente no momento presente, mas somente as provas da ocorrência destes fatos recolhidas e admitidas no processo, que, nos dizeres de Ferrajoli, são “experiências de hechos presentes, aun si interpretables como signos de hechos pasados”²³. Portanto, a verdade fática sempre decorre não de uma dedução lógica dos fatos, mas de uma indução por meio de provas. Por outro lado, a verdade jurídica é classificatória: decorre não da observação direta dos fatos ou da simples interpretação da lei, mas de uma classificação ou qualificação dos fatos comprovados de conformidade com os enunciados legais, procedimento ao qual se dá o nome de subsunção.

Outro fator de incerteza insuperável da verdade processual diz respeito ao caráter pessoal dos provimentos judiciais. Ainda que se esforce para ser imparcial e equidistante dos interesses das partes em conflito, o juiz sempre restará influenciado pelas circunstâncias que o rodeiam, por seus sentimentos, inclinações, emoções e valores ético-políticos. O magistrado não pode ser um “indiferente indagador da verdade” como exigia Beccaria, ainda que os sistemas jurídico-penais concretos estejam pautados nas regras do princípio acusatório, como a imparcialidade, independência do juízo, oralidade e publicidade das decisões e da produção de provas. A atividade jurisdicional sempre se apresentará, ainda que em maior ou em menor medida, como atividade interpretativa, e portanto, subjetiva.

²² Ibid., p. 50.

²³ Ibid., p. 53.

Por fim, a verdade processual também se afasta do ideal da correspondência porque se encontra condicionada pelo método de comprovação (regras e procedimentos) estabelecido pela lei: regras que disciplinam o método de investigação e de formação da verdade processual (regras sobre a preclusão, as nulidades dos atos processuais em decorrência de vícios, a inadmissão das provas obtidas por meios ilícitos, as formas e condições de admissão das provas) e regras jurídicas epistemológicas (normas sobre interpretação da lei penal, sobre a proibição da analogia, a presunção de inocência até prova em contrário, o ônus da prova atribuído à acusação, o princípio *in dubio pro reo*). Assim, pode-se concluir que a verdade processual também é uma verdade normativa. Muitas dessas normas correspondem às garantias processuais: as que se dirigem a garantir o correto desenvolvimento das investigações e o efetivo contraditório entre a acusação e a defesa; a que visa estabelecer limites à incerteza inerente à verdade processual impondo, em caso de dúvida, o princípio do *favor rei*; as que vinculam o juiz ao *thema decidendum*; as destinadas a prevenir ou reduzir a subjetividade do juízo, como as normas sobre suspeição e impedimento do juiz.

O critério da verdade processual aproximativa é o critério epistemológico adotado por Ferrajoli para fundamentar um modelo racional das decisões jurídicas, e especificamente, as decisões jurídico-penais, estabelecendo o que ele chama de “legitimação cognoscitivista da jurisdição”²⁴. A adoção deste critério reflete também a opção política do garantismo penal, que exige que a legitimidade das decisões penais esteja condicionada à verdade empírica de suas motivações. Ou seja, ainda que existam no direito outros critérios de justificação – de moralidade, de conveniência, de eficiência –, Ferrajoli assevera que no direito penal, a única justificação aceitável das decisões é a representada pela verdade de seus pressupostos fáticos e jurídicos, não sendo condizentes com o modelo garantista justificações instrumentalistas ou consensualistas:

“Para justificar las decisiones que concluyen un juicio penal no basta – si se adhiere a uma opción garantista – que tengan ‘éxito’ o que genericamente ‘satisfagan’ las funciones de prevención y de seguridad que también son propias del derecho penal. Ni basta que reciban el consenso de la comunidad: ni una amplísima mayoría y ni siquiera la totalidad de los consensos pueden justificar

²⁴ Ibid., p. 67.

que se acepte como presupuesto de una decisión penal una tesis no probada o no submetible a prueba.”²⁵

Conclui-se portanto que, a partir da revisão do modelo epistemológico ilustrado, Luigi Ferrajoli funda um modelo de legitimação cognoscitivista da jurisdição penal ou um esquema cognoscitivo de justificação das decisões judiciais que se baseia no nexos ou vinculação intrínseca entre a verdade e a legitimidade das decisões judiciais. Em outras palavras: esse modelo epistemológico, que reflete uma opção política, exige, como condição de legitimidade das decisões judiciais, que suas motivações estejam baseadas na verdade empírica.

O grau de verdade processual, ou melhor, de cognoscitivismo do juízo penal, dependerá fundamentalmente das garantias penais e processuais que correspondem a um sistema de princípios na teoria ferrajoliana. Há uma intrínseca conexão entre o esquema epistemológico convencionalista-cognoscitivista e o sistema de garantias penais e processuais, pois os vínculos metodológicos exigidos pela epistemologia garantista para a definição e comprovação dos delitos, como condição de verdade, correspondem aos limites normativos do sistema garantista, como condição de validade ou legitimidade²⁶.

Os princípios ou axiomas garantistas são implicações deônticas, normativas ou de *dever-ser*, e que, portanto, não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer, informando, em seu conjunto, um modelo normativo de direito penal, fruto de uma opção ético-política. Cada princípio ou implicação deôntica enuncia uma garantia jurídica, ou seja, designa um pressuposto, uma condição necessária para a afirmação da responsabilidade penal.

Ferrajoli chama de “SG” ou sistema garantista, cognitivo ou de legalidade estrita ao conjunto de dez princípios ou axiomas que formam “un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible”²⁷, ou seja, o modelo garantista em seu grau máximo, enunciados através das seguintes expressões latinas:

Nulla poena sine crimine, ou princípio da retributividade.

²⁵ Ibid., p. 68.

²⁶ Ibid., p.46.

²⁷ Ibid., p. 93.

Nullum crimen sine lege, ou princípio da legalidade em sentido lato ou em sentido estrito.

Nulla lex (poenalis) sine necessitate, ou princípio da necessidade ou economia do direito penal.

Nulla necessitas sine iniuria, ou princípio da lesividade ou da ofensividade do ato;

Nulla iniuria sine actione, ou princípio da materialidade ou da exterioridade da ação.

Nulla actio sine culpa, ou princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.

Nulla culpa sine iudicio, ou princípio da jurisdicionariiedade em sentido lato ou em sentido estrito.

Nullum iudicium sine accusatione, ou princípio acusatório ou da separação entre acusação e juiz.

Nulla accusatio sine probatione, ou princípio do ônus da prova ou da verificação.

Nulla probatio sine defensione, ou princípio do contraditório ou da defesa.

Os seis primeiros princípios referem-se às garantias penais, uma vez que *delito, lei, pena, necessidade, ofensa e culpabilidade* são requisitos ou condições penais, enquanto que os quatros últimos designam garantias processuais, já que *juízo, acusação, prova e defesa* são requisitos ou condições processuais. Os dez princípios estão conectados entre si e são a matriz de outros quarenta e cinco derivações ou axiomas:

“en efecto, todos los términos implicados son enunciables como consecuentes de otras tantas implicaciones que tienen como antecedentes a todos los términos que las preceden en el sistema. Así pues, diremos: *nulla poena sine lege* (...), *nulla poena sine necessitate* (...), *nulla poena sine iniuria* (...), y de igual forma, en

materia de pena, hasta la tesis *nulla poena sine defensione* (...); y además, *nullum crimen sine necessitate* (...), *nullum crimen sine culpa* (...), y de la misma forma, en materia de delito, hasta la tesis *nullum crimen sine defensione* (...); y así sucesivamente. En total tendremos cincuenta y seis tesis, diez primitivas y las demás derivadas, que conjuntamente configuran nuestro modelo penal garantista y cognitivo.”²⁸

O princípio de estrita legalidade ocupa lugar central no sistema garantista, pois verdadeiramente o caracteriza. Exige, como condições necessárias da legalidade penal, todas as garantias penais e processuais elencadas nos axiomas garantistas, de forma que *nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*. Diferencia-se portanto, do princípio de mera ou lata legalidade, que, por sua vez, exige a lei como condição necessária da pena e do delito, de forma que *nulla poena, nullum crimen sine lege*. Assim, enquanto o princípio da legalidade em sentido lato exige a lei como forma ou fonte das normas penais incriminadoras, e portanto, como condição de vigência ou existência das mesmas, o princípio da legalidade em sentido estrito funciona como condição de validade ou legitimidade das leis penais vigentes. A mera legalidade prescreve a sujeição dos juízes às leis vigentes, independentemente de seu conteúdo; a estrita legalidade prescreve, enquanto norma meta-legal dirigida ao legislador, que os conteúdos das leis penais esteja vinculado às garantias penais e processuais.

Como a estrita legalidade exige todas as garantias, tanto penais quanto processuais, ela é pressuposto da estrita jurisdiccionariedade. Nas palavras de Ferrajoli,

“(...) la estricta legalidad garantiza la verificabilidad y la refutabilidad de los supuestos típicos penales abstractos asegurando, mediante garantías penales, la denotación taxativa de la acción, del daño y de la culpabilidad que forman sus elementos constitutivos; mientras la estricta jurisdiccionalidad garantiza la verificación y la refutación de los supuestos típicos penales concretos asegurando, mediante las garantías procesales, los presupuestos empíricos de la carga de la prueba a cargo de la acusación y del derecho a la refutación por parte de la defensa”.²⁹

Ferrajoli parte de SG para criar uma tipologia dos sistemas punitivos. Através da verificação do maior ou menor grau de proximidade do modelo-limite

²⁸ Ibid., p. 94.

²⁹ Ibid., p.96.

garantista, é possível avaliar os mais diversos sistemas penais concretos, tanto no plano normativo quanto no plano de seu efetivo funcionamento. A partir de uma exclusão de determinados axiomas garantistas, Ferrajoli descreve modelos teórico-normativos com graus de garantismo inferior: modelos de processo penal autoritário; modelos de direito penal autoritário; modelos punitivos irracionais³⁰.

São modelos de processo penal autoritário os denominados *sistemas de mera legalidade e mera jurisdicionariade* e *sistemas sem acusação separada*. Os primeiros ocorrem quando, em decorrência da mera legalidade, as garantias processuais da prova e da defesa não existem efetivamente, ou seja, não há jurisdicionariade em sentido estrito mas apenas em sentido lato. Isso decorre da formulação legal de hipóteses delitivas que não primam pela determinação taxativa de seus conteúdos, mas concluem juízos de valor, e, portanto, não permitem sua verdadeira verificação, ou seja um real processo contraditório. Os segundos configuram modelos penais inquisitivos, onde o princípio acusatório (ou da separação entre acusação e juiz) não existe ou não é respeitado, como no caso de ordenamentos jurídicos em que o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções judiciais, comprometendo a imparcialidade do juízo e em particular as garantias processuais da presunção de inocência do acusado antes da condenação, do ônus da prova por parte da acusação, e da ampla defesa.

São modelos de direito penal autoritário os *sistemas objetivistas* que carecem do elemento subjetivo da culpabilidade (intencionalidade da conduta). Ocorrem em sistemas penais que privilegiam a função de defesa social do direito penal, descuidando do elemento intencional inerente à conduta delitiva e nas legislações em que há figuras de responsabilidade objetiva. São também modelos de direito penal autoritário aqueles que, ao contrário, carecem dos elementos objetivos do crime – conduta (ação ou omissão) e lesão (ofensa a bem jurídico tutelado pelo direito penal) –, violando portanto os princípios da materialidade e da lesividade. Ocorrem, no primeiro caso, quando as normas penais reprimem, mais do que condutas ou comportamentos determinados, exteriorizados através de manifestações concretas, atitudes ou situações subjetivas de imoralidade e periculosidade. E, no segundo, quando os tipos penais prescindem da lesão a bens jurídicos concretos, reprimindo de forma antecipada a sua simples colocação em

³⁰ Ibid., pp. 98-102.

perigo ou penalizando apenas o desvalor social ou político da ação. Ambos são *modelos subjetivistas*, onde as figuras legais de delito (tipos penais) carecem de referências empíricas e se baseiam predominantemente na subjetividade desviada do réu, incriminando sua personalidade ou identidade subjetiva de forma explicitamente discriminatória. Importante ressaltar que esses esquemas de direito penal autoritário são, ao mesmo tempo, substancialistas e decisionistas: comprometem não só as garantias penais da materialidade e da lesividade, mas também as garantias processuais, uma vez que determinam “la subjetivación del juicio, confiado a criterios discrecionales de valoración de la anormalidad o peligrosidad del reo que inevitablemente disuelven el conjunto de las garantías procesales”³¹.

Por fim, Ferrajoli denomina, adotando expressão de Max Weber, *sistemas punitivos irracionales* aos modelos que carecem dos elementos *delito, proceso e lei*, presentes nos axiomas garantistas já descritos. O primeiro, prescindindo do elemento *delito*, e não só de seus elementos subjetivos ou objetivos, afronta o axioma da retributividade (*nulla poena sine crimine*), princípio que condiciona a cominação de uma pena ao cometimento de um fato-crime, de forma que a pena assume a natureza de retribuição, no sentido de consequência de um delito. No *sistema punitivo irracional*, a punição passa a assumir o caráter de prevenção de delitos ao invés de medida retributiva dos mesmos, função esta não de prevenção geral, mas de prevenção especial, conforme explica Ferrajoli:

“La punición, conseqüentemente, asume en él la naturaleza de medida preventiva de la desviación, en vez de retributiva: no, téngase en cuenta, la función de “prevención general” ejercida por su amenaza legal preventiva como consecuencia de un delito, sino una función de “prevención especial” ligada a su conminación preventiva, como un prius en vez de como un posterius respecto del hecho criminal. (...) Conforme a él, el derecho y proceso penal se transforman, de sistema de retribución, dirigido a prevenir los hechos-delitos por medio de la comprobación y la punición de los ya ocurridos, en sistema de pura prevención, dirigido a afrontar la mera sospecha de delitos cometidos pero no probados o el mero peligro de delitos futuros.”³²

A ausência do nexo entre pena e delito também atinge os princípios da legalidade e da jurisdiccionariedade, pois a lei penal passa a corresponder a uma norma em branco, que pode ser preenchida de forma ocasional e arbitrária, e o

³¹ Ibid., p.100.

³² Ibid., p. 102.

juízo penal passa conseqüentemente a orientar-se segundo critérios de discricionariedade administrativa, que determinam sua transformação num procedimento policial de estigmatização.

As medidas cautelares, entre elas a prisão provisória, caracterizam esses sistemas – ou subsistemas – de direito e processo penal preventivos que, consoante Ferrajoli, coexistem com os sistemas penais retributivos, enfraquecendo-os. Entende-se que o sistema penal brasileiro, quando utiliza a prisão provisória com fundamento na necessidade de prevenção de delitos futuros, transforma-se de sistema penal retributivo em sistema penal puramente preventivo.

Os *sistemas sem lei e sem processo* (ou juízo) afrontam, de forma total e respectivamente, o princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*) e o princípio da jurisdiccionariedade (*nulla poena sine iudicio*), correspondendo a formas absolutas de Estado selvagem ou disciplinar.

Os sistemas punitivos até então descritos – modelo penal garantista (SG) e modelos penais autoritários – são extremos opostos. Enquanto no primeiro o poder punitivo encontra-se limitado ou condicionado ao máximo através de garantias ou princípios que conferem ao cidadão o máximo grau de tutela das liberdades do cidadão contra o arbítrio punitivo, os segundos se caracterizam pela ausência ou debilidade destas garantias penais e processuais-penais. Portanto, Ferrajoli identifica o modelo penal garantista com o modelo do Estado de direito, expressão esta utilizada como

“(...) un tipo de ordenamiento en que el poder público, y específicamente el penal, está rigidamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial (o de los contenidos penalmente relevantes) y bajo el procesal (o de las formas procesalmente vinculantes)”³³.

Ao contrário, os modelos penais autoritários, enquanto não limitados ou condicionados pela lei, são identificados com sistemas de controle penal próprios de Estados absolutos e autoritários.

³³ Ibid., p. 104.

Seguindo tal orientação, Ferrajoli passa a designar os modelos penais autoritários como sistemas de direito penal máximo e o modelo garantista (SG) como sistema de direito penal mínimo³⁴.

Os dois sistemas são modelos normativos, ou seja, modelos ideais. Os sistemas penais concretos serão sempre sistemas intermediários aos dois modelos-limite, ou seja, modelos de tendência ao direito penal máximo ou modelos de tendência ao direito penal mínimo. Consoante Ferrajoli, essas duas tendências opostas convivem entre si nos ordenamentos jurídicos dos Estados modernos, havendo uma tendência ao direito penal mínimo no plano normativo superior (constitucional) e uma tendência ao direito penal máximo no plano normativo inferior (leis ordinárias), o que conseqüentemente, determina uma inefetividade (ineficácia) das normas constitucionais e uma ilegitimidade das leis ordinárias.

O modelo de direito penal mínimo, conforme já visto, é um modelo limitador do arbítrio punitivo, que persegue um ideal de certeza e racionalidade. Assim, nos modelos de direito penal mínimo, os pressupostos da responsabilidade penal são cognoscíveis e como tal, previsíveis, ao contrário dos modelos de direito penal máximo, caracterizados pela imprevisibilidade e incerteza da responsabilidade penal.

Ora, a certeza aspirada por um sistema penal é sempre relativa, e assim estará sempre acompanhada de um certo grau de incerteza. Assim, quando os pressupostos cognoscitivos da pena são imprevisíveis, ou seja, em caso de dúvida quanto à responsabilidade penal, o modelo penal garantista abre espaço para a discricionariedade, ou, melhor dizendo, utiliza um critério pragmático e político de solução das incertezas jurisdicionais: a dúvida sempre favorecerá o réu (princípio do *favor rei*).

³⁴ Importante diferenciar a nomenclatura “direito penal mínimo” e “direito penal máximo” utilizada por Ferrajoli, das expressões “Estado mínimo” e “Estado máximo”. As primeiras expressões designam sistemas jurídicos onde a intervenção punitiva do Estado relacionada às liberdades negativas, é mínima ou máxima, enquanto as segundas designam sistemas políticos em que a intervenção do Estado mediante prestações positivas (relativas à saúde, ao trabalho, à educação, à moradia etc) é mínima ou máxima, correspondendo, respectivamente, ao modelo de Estado social moderno e ao modelo de Estado liberal clássico. Ferrajoli assevera que um Estado social máximo pode perfeitamente conviver com um direito penal mínimo: essa conjunção expressa um conjunto de deveres públicos dos órgãos estatais, tanto positivos (obrigações) quanto negativos (proibições), que caracterizam o Estado de direito em sua forma mais complexa e desenvolvida, idônea a maximizar os limites do poder estatal e também as suas funções de tutela dos direitos fundamentais. De modo inverso, a conjunção Estado mínimo e direito penal máximo também é infelizmente possível.

Constata-se que a certeza perseguida pelo direito penal mínimo e a certeza perseguida pelo direito penal máximo refletem opções políticas contrapostas. **A certeza perseguida pelo direito penal máximo é a de que nenhum culpável fique impune, à custa da incerteza de que algum inocente possa ser castigado; ao contrário, a certeza objetivada pelo direito penal mínimo é a de que nenhum inocente seja castigado, à custa da incerteza de que algum culpável possa ficar impune.**

Logo, a certeza a que aspira o sistema penal garantista não é a de que resultem exatamente comprovados e punidos todos os fatos descritos na lei como delitos, mas que sejam punidos somente aqueles cuja culpabilidade de seu autor tenha sido comprovada. **A certeza do direito penal mínimo é, portanto, garantida pelo princípio *in dubio pro reo*, corolário do princípio do *favor rei* e regra que dá sentido à presunção de inocência do réu até prova em contrário.** Ou seja, quer dizer que é necessária a prova (ou a certeza) da culpabilidade e não da inocência do réu, que, em caso de dúvida, resolve-se em benefício do mesmo, através de sua absolvição.

Verifica-se, nos ordenamentos jurídicos mais desenvolvidos e democráticos, de tendência ao direito penal mínimo, que a incerteza é resolvida através de uma presunção legal da inocência, como é o caso do Brasil. De fato, o critério utilizado pelo direito penal máximo – *in dubio contra reum* – indica uma aspiração autoritária. Nas palavras de Ferrajoli, “la idea recurrente de que el proceso penal deve conseguir golpear a todos los culpables es el fruto de una ilusión totalitaria”³⁵.

2.3

Modelos axiológicos ou justificacionistas

Os modelos normativos de direito penal mínimo e de direito penal máximo encontram-se respaldados por distintas teorias e culturas jurídico-filosóficas, concebidas como doutrinas axiológicas ou de justificação do direito penal. Ferrajoli utiliza a expressão direito penal em sentido amplo (abrangendo também o direito processual penal) como técnica de definição, comprovação e repressão

³⁵ Ibid., p. 107.

dos ilícitos penais, que se manifesta através de restrições ou constringimentos às liberdades das pessoas. Essas restrições correspondem a três momentos da técnica punitiva, também designados por Francesco Carrara, e cuja orientação é seguida por Carnelutti, como os três grandes temas que constituem o objeto da ciência penal: o *delito*, enquanto definição ou proibição dos comportamentos definidos na lei como ilícitos penais e que delimita a esfera de liberdade de ação dos cidadãos de um modo geral; o *processo*, enquanto sujeição ao juízo penal das pessoas que possam ter cometido infrações penais a fim de se comprovar a sua responsabilidade penal; e a *pena*, enquanto repressão ou punição dos culpáveis pela violação das leis penais. **Tais restrições consistem num custo que incide sobre a liberdade das pessoas – não só dos culpáveis, mas também dos inocentes, que muitas vezes, são processados, presos provisoriamente, e condenados em decorrência da inevitável falibilidade dos sistemas penais – e que, portanto, tem que ser justificado.** Assim, cumpre justificar ou fundamentar os fatos definidos pela lei como delitos, a pena ou o direito de punir, e o processo penal (justificação das formas e procedimentos de investigação e comprovação dos delitos e da aplicação das penas), que Ferrajoli se propõe a realizar através dos seguintes questionamentos: *se, porque, quando e como castigar* (punir); *se, porque, quando e como proibir*; *se, porque, quando e como julgar*³⁶. Consoante Ferrajoli, as respostas a estas doze perguntas reconduzirão as distintas doutrinas filosóficas a duas linhas antitéticas do pensamento penalista:

“el convencionalista y empirista, que es propio de la tradición garantista y de la tendencia que aquí se ha denominado al “derecho penal mínimo” y que tiene sus antecedentes en Pufendorf, en Thomasio y en muchos aspectos hasta en Hobbes, y su máxima expresión en los ilustrados del XVIII y en la escuela clásica italiana del pasado siglo; y el sustancialista u ontológico, que informa por contra la tradición autoritaria y la tendencia de signo contrario al “derecho penal máximo” y que sin duda ha prevalecido históricamente, hundiendo sus raíces en el oscurantismo penal premoderno y reapareciendo con la reacción anti-ilustrada que se desarrolló en la segunda mitad del XIX en sintonía con proyectos sociales disciplinarios, correccionalistas, policiales o de cualquier otro modo antiliberales”.³⁷

Ao tratar da justificação ou legitimação do direito penal, Ferrajoli o faz em dois sentidos: no sentido de sua justificação ou legitimação externa, a que

³⁶ Ibid., p. 211.

³⁷ Ibid., p. 213.

denomina propriamente *justificação*, e no sentido de sua justificação ou legitimação interna, a que denomina mais especificamente *legitimação*.

A *justificação* diz respeito às razões externas do direito penal, ou seja, refere-se a princípios normativos externos ao direito positivo e, portanto, a critérios extra ou meta-jurídicos de valoração moral, política ou de utilidade. A *legitimação* faz referência a princípios normativos internos de um determinado ordenamento jurídico, e, portanto, a critérios de valoração jurídicos, que consistem nas razões internas do direito positivo. Assim, pode-se afirmar que um determinado sistema jurídico-penal ou algum de seus institutos ou normas encontra-se justificado ou é legítimo, do ponto de vista externo, se está em conformidade com os valores ou interesses externos - morais ou ético-políticos - erigidos a critérios de justiça, e, por outro lado, que um determinado sistema jurídico-penal, instituto ou norma é legítimo ou encontra-se justificado, do ponto de vista interno, se está em conformidade com as normas ou princípios estabelecidos no direito positivo mesmo, e que condicionam sua validade.

Conclui-se que a justificação ou legitimidade externa baseia-se em critérios que permitem aferir se um determinado sistema jurídico, norma ou instituto é justo ou não, enquanto a justificação ou legitimidade interna permite aferir sua validade. Diz-se então que as leis ordinárias vigentes num determinado ordenamento jurídico ou algum de seus institutos são válidos ou legítimos, do ponto de vista interno, se estão em conformidade com os princípios e normas constitucionais, e, do ponto de vista externo, que as normas ou institutos de um determinado ordenamento jurídico previstas em sede ordinária ou constitucional são justos se estão em conformidade com determinados critérios ou valores morais ou políticos.

No entanto, é fundamental verificar nos dias de hoje que as Constituições democráticas incorporaram como normas ou princípios os valores ético-políticos ou morais de legitimação externa, de forma que os critérios de justificação e pois de avaliação da justiça de um determinado sistema jurídico passam a ser, no mais das vezes, os mesmos critérios para a sua legitimação interna ou validade.

Importante também observar que a distinção entre os pontos de vista externo (ou da justiça) e interno (ou da validade) acerca da legitimação do direito penal difere de outro tipo de diferenciação, formulada por H. L. A. Hart, entre ponto de vista interno ou jurídico da validade e ponto de vista externo ou

sociológico (criminológico) da efetividade. O ponto de vista externo da legitimação é distinto nos dois casos: no primeiro, as funções ou razões dizem respeito a interesses ou valores que devem ser perseguidos pelo direito penal para que resulte justificado; o segundo designa as funções que de fato são perseguidas pelo direito penal e os efeitos que, em concreto, são alcançados por elas³⁸. Assim, o problema sociológico do direito penal é um problema científico que admite respostas de caráter empírico, formuladas mediante proposições assertivas verificáveis ou refutáveis, e que, como tais, podem ser consideradas verdadeiras ou falsas. Por outro lado, o problema axiológico ou de justificação externa do direito penal é um problema filosófico que admite respostas de caráter ético-político formuladas mediante proposições normativas, que, como tais, não podem ser consideradas nem verdadeiras nem falsas, mas somente aceitáveis ou inaceitáveis como justas ou injustas.

A separação entre ponto de vista interno da validade e ponto de vista externo da justiça, ou entre legitimação externa e legitimação interna do direito penal advém da idéia ilustrada da separação entre direito e moral. Base da tradição do Positivismo Jurídico, tal separação é resultado de um lento processo de secularização do direito penal originário no século XVII.

Em sentido prescritivo ou axiológico, a separação do direito em relação à moral é um princípio político do liberalismo moderno, produto do utilitarismo jurídico ilustrado³⁹, que consiste na opção em se justificar o direito e o Estado somente por sua incumbência de perseguir fins de utilidade concreta em favor dos cidadãos e principalmente de garantir seus direitos e sua segurança, de forma que não devem possuir nem encarnar fins morais desvinculados dos interesses das pessoas, ou ser eles fins em si mesmos. O utilitarismo jurídico enuncia portanto um princípio meta-jurídico que fundamenta a autonomia do direito em relação à moral:

“De un modo más preciso, este principio exige que la inmoralidad pueda ser considerada como condición necesaria, pero nunca como condición por sí sola

³⁸ Kelsen também ressalta que é um erro grave confundir Direito e Sociologia. A Sociologia é ramo específico da ciência natural. Enquanto a ordem natural determina o que a conduta dos homens é, de acordo com o princípio da causalidade, a ordem jurídica determina o que a conduta dos homens deve ser, de acordo com o princípio da imputação: KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.334.

³⁹ *Ibid.*, p.222.

suficiente para justificar políticamente la intervención coactiva del estado em la vida de los ciudadanos.”⁴⁰

No âmbito penal, o utilitarismo jurídico compreende três princípios normativos distintos em relação às concepções do delito, da pena e do processo, e que, em seu conjunto, sintetizam os fins de tutela e prevenção do direito penal e os limites impostos à legislação, à execução e à jurisdição penal de conformidade com o modelo garantista, representando pois a base filosófico-política de todas as garantias penais e processuais-penais elaboradas pelo pensamento ilustrado e, mais tarde, incorporadas pelos códigos e constituições modernos.

Em relação ao delito, significa que o direito penal não deve ter a função de impor uma determinada moral aos cidadãos, de forma a reprovar moralmente suas condutas, e sim de impedir-lhes o cometimento de ações danosas a terceiros, de forma a tutelar os direitos fundamentais:

“Para que puedan prohibirse y castigarse conductas, el principio utilitarista de la separación entre el derecho y la moral exige además como necesario que danem de un modo concreto bienes jurídicos ajenos, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión.”⁴¹

Com relação à pena, o princípio utilitarista estabelece que as sanções penais não devem ter conteúdo nem fins morais, ou seja, não devem pretender transformar moralmente a personalidade dos réus através de sua reforma, ressocialização, reeducação ou recuperação. Nas palavras de Ferrajoli,

“(…) o ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas y no agravables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo ético y terapéutico”.⁴²

Em relação à justificação da jurisdição penal, o princípio da separação entre direito e moral determina que o processo ou juízo penal não tenha como objeto a moralidade, o caráter ou outras características pessoais e subjetivas da personalidade do réu, devendo recair somente sobre fatos empíricos taxativamente

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., p.223.

⁴² Ibid., p. 223-224.

descritos na lei penal como delitos e, que, como tais, possam ser empiricamente provados pela acusação e refutados pela defesa. Assim, compete à polícia e ao órgão acusador investigar os comportamentos proibidos pela lei penal a fim de que o juiz possa aplicar aos infratores as sanções respectivas, de forma que sejam processados e julgados por aquilo que fizeram e não por aquilo que são, não sendo função do juiz perscrutar a alma dos processados e condenados nem emitir vereditos morais sobre a sua personalidade.

Além de refletir um processo de secularização do direito e da cultura jurídico-penal, a doutrina da separação entre direito e moral promoveu, enquanto doutrina teórica, o desenvolvimento de uma ciência juspositivista baseada no princípio da legalidade, e, enquanto doutrina normativa, a elaboração de grande parte das garantias de liberdade do cidadão e das formas do Estado de direito moderno submetido a regras, limites e controles. Também abriu espaço, através da diferenciação entre *justificação* e *legitimação*, para a crítica do direito positivo vigente através de “una actitud política reformadora (...) permitiendo su crítica desacralizadora y exenta de prejuicios, liberada de la reverencia moral o religiosa al orden constituido”⁴³.

No entanto, no século XIX, com a consolidação do monopólio das fontes do direito nas mãos do Estado, a doutrina da separação entre direito e moral foi sendo deixada de lado por um enfoque exclusivo do aspecto interno ou jurídico da legitimidade do Estado e do direito, mediante uma supervalorização do direito positivo vigente. O problema da justificação ou legitimação externa do direito penal é abandonado e o direito positivo vigente passa a ser para a cultura jurídica algo natural que se deve conhecer ou explicar, mas que não necessita ser justificado ou deslegitimado. Em outras palavras, a cultura jurídica perde qualquer referência axiológica externa como fonte de justificação e de limitação do direito vigente⁴⁴, e o ponto de vista jurídico passa a ser o único admissível para os fins de justificação ético-política do direito penal. Essa perda levou o pensamento jurídico a repudiar a separação entre direito e moral, mudança de significado anti-ilustrado que, nas palavras de Ferrajoli,

⁴³ Ibid., p.225.

⁴⁴ Ibid., p.227-228.

“Es el fruto de una transformada actitud política –ya no revolucionaria ni reformadora, sino conservadora y en ocasiones reaccionaria –de la cultura jurídica liberal: preocupada ahora, más que de imponer al estado límites y garantías en defensa de los ciudadanos, de defender al estado y al nuevo orden económico y social contra los ciudadanos y en particular contra las nuevas ‘clases peligrosas’”⁴⁵.

O abandono da doutrina da separação entre direito e moral determinou o surgimento de doutrinas substancialistas informadas pela idéia de uma base ontológica do direito penal, seja pela idéia de pecado intrínseca ao delito seja pela concepção do réu como ser humano “anormal”, teorias que não cumprem nenhuma função de limitação ou deslegitimação do direito positivo⁴⁶.

Importante sublinhar a relevância que a doutrina ou escola positivista deu à periculosidade social do réu, entre outras características pessoais do mesmo, como a reincidência e a propensão a delinquir. Estas condições pessoais foram erigidas a pressupostos de medidas preventivas, processuais ou de polícia, decretáveis *ante* ou *extra delictum*, como a prisão provisória, que foram incorporadas aos códigos a partir do século XIX em toda a Europa e que serviram de inspiração e modelo para a codificação em países da América latina, como o Brasil.

Além de informar doutrinas substancialistas, a renúncia ao ponto de vista da legitimação externa também tem como conseqüência o formalismo ético, que consiste numa valoração da forma jurídica acima do conteúdo, uma vez que o Estado e o direito passam a ser considerados valores em si mesmos, independentemente de sua base utilitária e de sua função de tutela dos direitos fundamentais. Assim, de conformidade com o formalismo ético, direito e Estado se autojustificam, idéia que é utilizada para fundamentar doutrinas de um poder estatal absoluto, como no caso extremo do fascismo.

Outra conseqüência da renúncia ao ponto de vista externo da justificação do direito penal é o legalismo ético, responsável pela disseminação de uma cultura jurídica acriticamente contemplativa⁴⁷ entre os juristas, consistente

“(…) en la adhesión moral y política a los valores e intereses protegidos por el derecho positivo–, o en el mejor de los casos en una especie de

⁴⁵ Ibid., p. 228.

⁴⁶ Ibid., p. 229.

⁴⁷ Ibid., p. 231.

constitucionalismo ético, consistente en la sacralización de los valores constitucionales en cuanto tales, absolutizados e interiorizados como específica ideología jurídica progresista”.⁴⁸

Conclui-se que a doutrina da separação entre direito e moral é pressuposto de qualquer teoria garantista e, ao mesmo tempo, de qualquer sistema de direito penal mínimo, enquanto a confusão entre direito e moral inspira modelos substancialistas ou autoritários de direito penal e processual penal. A alternativa entre os dois modelos extremos é o reflexo ou consequência das respostas à pergunta geral *porquê o direito penal?*, desmembrada em três linhas de questionamentos já mencionadas alhures: *porque, quando e como punir (ou castigar); porque, quando e como proibir; porque, quando e como julgar*.

Consoante Ferrajoli, as respostas às perguntas supra-indicadas, além de formuláveis teoricamente, podem ser verificadas no plano histórico:

“Esas respuestas –piénsese en Hobbes, Pufendorf, Montesquieu y Beccaria-fueron originariamente respuestas al problema de la legitimación externa o de la justicia, expresadas en forma de tesis de derecho natural o racional. Y solo tras su incorporación a las constituciones modernas llegaron a ser (en todo o en parte) también parámetros de legitimación interna, es decir, principios jurídico-constitucionales meta-legales que regulan la validez de las leyes. Por ello es posible rastrear sus fundamentos filosóficos en las filosofías jurídicas y políticas más generales acerca de la justificación externa en las que fueron originariamente formuladas.”⁴⁹

A pergunta sobre *se proibir, julgar ou punir*, é preliminar a todas as outras perguntas, no sentido de que a resposta negativa corresponde às doutrinas abolicionistas⁵⁰, ou seja, que não reconhecem justificação alguma ao direito penal e, assim, excluem na raiz todos os demais questionamentos sobre sua legitimação.

Já as questões sobre *quando punir, proibir e julgar* podem ser critérios de legitimação externa ou de legitimação interna, assim como as questões sobre *como punir e proibir*.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., p.232.

⁵⁰ Opta-se por não entrar aqui na discussão ou contraposição mais ampla e profunda entre abolicionismo e justificacionismo penal, ou seja, entre teorias abolicionistas e justificacionistas do direito penal. O que se pretende é expor os diferentes modelos penais, e, através da exposição das diversas doutrinas justificacionistas do direito penal, questionar previamente quais são as razões ou fins que justificam ou que fazem justo ou aceitável moral e politicamente que, à violência ilegal representada pelo delito, acrescente-se uma segunda violência, legal e aplicada pelo Estado, que é a pena.

Especificamente a questão sobre *como julgar* é uma pergunta que só parcialmente se refere a questões de legitimação interna, uma vez que, inevitavelmente, será remetida a critérios de legitimação externa ou de justificação do juízo ou processo penal. A princípio, se um determinado sistema jurídico-penal incorpora o princípio da legalidade estrita com relação às técnicas de proibição (ou referentes ao *como proibir*), o juízo penal será cognoscitivo se incorpora as garantias processuais do ônus da prova pela acusação, da presunção de inocência, do contraditório e da regra *in dubio pro reo*. Mas se o princípio da legalidade estrita é ignorado, abre-se espaço para modelos substancialistas de definição dos delitos e estarão legitimados internamente poderes dispositivos e que apontam para modelos de verdade substancial, ou seja, que permitem ao juiz decidir com base em critérios valorativos e subjetivos de legitimação externa. Por outro lado, os meios de produção das provas e as regras e institutos processuais admitidos pelo direito processual penal de um ordenamento jurídico em concreto dizem muito sobre a sua natureza cognoscitiva ou inquisitiva, ou seja, sobre sua legitimação externa. É nesse sentido que se deve questionar quais são os meios moral e politicamente aceitáveis para se chegar à verdade no processo penal, questionando se encontram-se justificados neste sentido, ou seja como meio justo, justificado ou aceitável para se chegar ao fim último da responsabilização penal. As respostas serão diferentes de acordo com a concepção de verdade adotada: no modelo inquisitorialista, a verdade é um fim incondicionado do processo penal, que admite quaisquer meios para sua obtenção, ao contrário do modelo garantista, onde a verdade encontra-se condicionada por outros valores.

Importante também ter em vista que a reflexão acerca da justificação externa do direito penal permite verificar as diferentes culturas jurídicas e políticas por trás dos sistemas jurídico-penais concretos e que muitas vezes os influenciam. Na prática, culturas diferentes podem informar modelos justificacionistas também diferentes e muitas vezes contrapostos, que servem de base para diferentes políticas criminais.

Nas palavras de Ferrajoli,

“Los diferentes modelos de justicia penal corresponden a las distintas culturas y subculturas que operan de un modo u outro en la praxis de cada ordenamiento, cualquiera que sea el sistema de garantías jurídicamente adoptado: en el nivel político y legislativo, en el nivel de la práctica judicial, en las manifestaciones de

la opinión pública. En particular, resulta decisiva su relevancia en la actividad jurisdiccional. Aun cuando las constituciones actuales han recibido a grandes rasgos la mayor parte de los principios del garantismo penal cognoscitivista, de hecho las legislaciones (...) abundan en figuras e instituciones que remiten a criterios explícitamente substancialistas y potestativos, **tales como la valoración de la peligrosidad del reo para los fines de las diferentes medidas cautelares (...)**⁵¹.

Primeiramente cumpre diferenciar duas grandes categorias ou tipologias de justificação do direito penal e da pena: *teorias justificacionistas absolutas* e *teorias justificacionistas relativas*. As teorias absolutas são também denominadas *retribucionistas* porque vêem a pena como um fim em si mesma, fim este de retribuição, de castigo, de reação à conduta descrita na lei como delito, ao contrário das teorias *relativas ou utilitaristas* para as quais a pena não é um fim ou valor em si mesma, e sim um meio ou um custo para se alcançar o fim utilitário de prevenir ou evitar delitos futuros. Ferrajoli utiliza uma conhecida passagem de Sêneca para diferenciar as duas categorias de justificação do direito penal: enquanto as *doutrinas retribucionistas* são *quia peccatum*, as *doutrinas utilitaristas* são *ne peccetur*, ou seja, as primeiras enxergam ou tem como alvo o passado e as segundas enxergam ou tem como alvo o futuro. Isto significa que, para as *teorias retribucionistas*, a legitimidade externa da pena é apriorística, não estando condicionada por finalidades outras que não a punição, ao contrário das teorias *utilitaristas*, para as quais a legitimidade da pena está condicionada à sua adequação ao fim externo perseguido pelo direito penal, e que requer uma análise ou ponderação entre o valor do fim e o custo do meio⁵².

O fundamento das *doutrinas retribucionistas* da pena é de que é justo devolver ou retribuir o mal com mal, idéia que esteve na base dos ordenamentos jurídicos primitivos (vingança de sangue), foi abandonada pelo utilitarismo ilustrado, mas retomada no século XIX através das doutrinas kantiana (a pena como retribuição ética) e hegeliana (a pena como retribuição jurídica). Para Kant, a pena se justifica por ser uma retribuição ética ao desvalor moral do delito. Para Hegel, a pena se justifica por ser uma retribuição jurídica necessária para restabelecer a ordem jurídica violada, que também equivale a uma legitimação moral das penas, pois o Estado hegeliano é concebido como um espírito ético.

⁵¹ Ibid., p. 237, grifo nosso.

⁵² Ibid., p. 254.

Na raiz destas teorias está a crença mágico-religiosa ou cristã-moderna, derivada da confusão entre direito e natureza, de que existe um vínculo necessário entre culpa e castigo e que o fim da pena é restaurar a ordem violada ou purificar o delito através do castigo ou ainda reparar o mal através do direito. Desta forma, Ferrajoli denuncia as *doutrinas retribucionistas*, asseverando que

“(...) es precisamente la irreparabilidad lo que distingue los ilícitos penais de los ilícitos civiles; de manera que la pena, a diferencia del resarcimiento del daño, no es una ‘retribución’, ni una ‘reparación’, ni una ‘reintegración’, sino en el sentido mágico y metafísico (...)”⁵³.

O absurdo de se justificar o direito penal e a pena simplesmente por sua função retributiva e não por uma outra finalidade externa, foi denunciado por Alf Ross e H. L. A. Hart. As *doutrinas retribucionistas* incorrem num equívoco teórico ou numa confusão entre o fim justificador da pena, que deve ser sempre dirigido ao futuro, ou seja, à prevenção de delitos, e a aplicação da pena, que deve ter caráter retributivo, no sentido de que só se poderá aplicar uma pena a um fato passado descrito na lei como infração penal. Consoante Ferrajoli, essa confusão advém da ausência de diferenciação entre razão legal da pena e razão judicial da pena:

“(...) diremos que la pregunta “¿por qué castigar?”, que se refiere a la legitimación externa de la pena, se ha confundido con la pregunta “¿cuándo castigar?”, que se refiere por el contrario a la legitimación interna y admite como respuesta precisamente el principio de retribución, es decir, la primera garantía del derecho penal en virtud de la cual condición necesaria de la pena es antes que nada la comisión de un delito.”⁵⁴

Ao contrário das *doutrinas retribucionistas*, todas as *doutrinas utilitaristas* possuem como traço comum a concepção da pena não como um fim em si mesma, no sentido de reparar um mal passado, mas como meio ou custo necessário para a obtenção de um fim futuro. Presente já em pensadores da Antiguidade, como Platão, Aristóteles e Epicuro, o utilitarismo tornou-se um elemento fundamental da tradição penal liberal com o pensamento jusnaturalista do século XVII. Nesse sentido proclamava Thomas Hobbes:

⁵³ Ibid., p. 255.

⁵⁴ Ibid., p. 256.

“(…) Como a vingança, se tomada apenas no que se refere ao passado, não é mais do que uma espécie de triunfo e glória da mente, sem apontar para nenhum fim (pois olha apenas para o passado, enquanto o fim é algo que ainda virá); e como o que não se dirige para um fim é vão; logo a vingança que não tem em vista o futuro é originária da vã glória, e então é sem razão.”⁵⁵

Com a Ilustração, o utilitarismo, vinculado à doutrina da separação entre direito e moral, passa a ser a base, um pressuposto do pensamento penal reformador:

“Los sufrimientos penales –coinciden en afirmar Montesquieu, Voltaire, Blackstone, Filangieri, Pagano, Hume, Bentham y Von Humboldt – son precios necesarios para impedir males mayores, y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento de venganza.”⁵⁶

No entanto, o utilitarismo não é uma condição por si só suficiente para justificar sistemas garantistas de direito penal mínimo, uma vez que as concepções utilitaristas da pena variam de acordo com o tipo de utilidade perseguida, com os destinatários da utilidade e com os danos que se pretende prevenir através do direito penal. Assim, o utilitarismo *ex parte principis*, presente no pensamento de Maquiavel e de Carl Schmitt, refere-se à utilidade dos governantes (do príncipe) ou do Estado e é baseado na argumentação de que os fins justificam os meios, de significado autoritário inerente aos Estados absolutos e que, ao contrário do modelo do Estado de direito, justifica modelos de direito penal máximo e ilimitado. Por outro lado, o utilitarismo denominado *ex parte populis* tem como referência o bem-estar ou a utilidade dos governados e não a dos governantes. Mas, ainda assim, nem sempre o utilitarismo *ex parte populis* é idôneo a justificar sistemas de direito penal mínimo, pois é necessário verificar também o tipo de fim utilitário da pena e do direito penal, determinante de duas versões dessa mesma espécie de utilitarismo.

A primeira versão é aquela em que o fim da pena e do direito penal consiste em assegurar a máxima utilidade – como máxima segurança possível contra a repetição de futuros delitos – à maioria formada pelos “não desviados”, ou seja, por aqueles que não cometeram infrações penais. É espécie de utilitarismo que também justifica modelos de direito penal máximo, na medida em que visa só

⁵⁵ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 59.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 260.

aos interesses de segurança social, ignorando os interesses dos destinatários das penas e, conseqüentemente, não é capaz de estabelecer limites à intervenção punitiva. A cultura penal moderna baseia-se fundamentalmente na legitimação do direito penal através de doutrinas que se referem só à utilidade da maioria.

Outra versão do utilitarismo *ex parte populis* é aquela em que a pena deve visar o mínimo sofrimento necessário à minoria composta por aqueles que cometeram infrações penais. É doutrina apta a justificar modelos de direito penal mínimo, pois nela os fins do direito penal também devem ter em vista os interesses dos destinatários das penas, funcionando como doutrina dos limites do poder punitivo, onde a intervenção penal se limita ao mínimo necessário.

Ferrajoli compara a instrumentalidade das duas versões do utilitarismo:

“Si el fin es únicamente la máxima seguridad social alcanzable contra la repetición de futuros delitos, servirá para legitimar de un modo apriorístico los máximos medios, las penas más severas incluída la pena de muerte, los procedimientos más antiguarantistas incluída la tortura y las medidas de policía más autoritárias e invasivas (...). Por el contrario, si el fin es también el mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males futuros, estarán justificados sólo los medios mínimos, y por consiguiente el mínimo de prohibiciones, el mínimo de penas y la verdad judicial mínima tal y como queda garantizada, según el esquema epistemológico ya trazado, por rígidas regras procesales.”⁵⁷

Estas doutrinas preventivas podem ser classificadas ainda, quanto à esfera dos destinatários da prevenção, em *doutrinas da prevenção especial*, quando esta se refere só ao réu, e *doutrinas da prevenção geral*, direcionada a toda sociedade. Quanto à natureza das prestações – positiva ou negativa – da pena, classificam-se em *doutrinas da prevenção positiva* e *doutrinas da prevenção negativa*. Da combinação desses dois critérios classificatórios obtêm-se quatro espécies de doutrinas utilitaristas que correspondem a quatro tipos de finalidade preventiva das penas e do direito penal: *doutrinas da prevenção especial positiva* (ou da correção); *doutrinas da prevenção especial negativa* (ou da neutralização ou incapacitação); *doutrinas da prevenção geral positiva* (ou da integração); *doutrinas da prevenção geral negativa* (ou da intimidação).

As *doutrinas de prevenção especial* – positiva ou negativa – são aquelas que assinalam à pena a finalidade de prevenir a prática de novos delitos por parte do réu. Mais especificamente, as *doutrinas da prevenção especial positiva* são

⁵⁷ Ibid., p. 261.

aquelas que conferem à pena o fim de prevenir a prática de novos delitos pelo réu através da sua correção ou reeducação, enquanto as *doutrinas da prevenção especial negativa* vêem na pena a finalidade de prevenir delitos pelo réu através de sua neutralização. Ainda que as funções sejam diferentes – nas primeiras, corrigir o condenado para que não volte a cometer delitos, e, nas segundas, incapacitar o mesmo para a prática de novas infrações penais –, elas não se excluem, pelo contrário: concorrem de forma cumulativa para a definição do fim da pena, que será diferente de acordo com a personalidade corrigível ou incorrigível do condenado. Vê-se claramente nestas doutrinas o intuito de utilizar o direito penal não apenas para prevenir delitos, mas também para transformar ou inocuizar as personalidades dos réus.

As doutrinas da prevenção especial surgiram em conformidade com uma mudança da cultura penalista e dos ordenamentos jurídicos modernos ocorrida no século XIX e que advém fundamentalmente da modificação da concepção da pena, que passa a ser vista como “tratamento” do mal representado pelo crime, ontologicamente concebido como pecado ou enfermidade. É a chamada idade das disciplinas, onde se multiplicam na sociedade moderna as instituições correcionalistas – hospitais, asilos psiquiátricos, escolas, fábricas, prisões.

Michel Foucault vê nessas doutrinas, mais do que uma simples modificação dos sistemas punitivos, o reflexo de uma tática de poder – o poder disciplinar – que substitui, na virada do século XVIII para o século XIX, o poder soberano dos suplícios da idade clássica⁵⁸. De fato, o “tratamento” do condenado através da prisão – que no século XIX torna-se a pena por excelência – conformava-se com os objetivos do capitalismo emergente: a instrução para a disciplina fabril e a recuperação social do réu para a produção capitalista, ou seja, para moldá-lo como força de trabalho dócil e útil⁵⁹.

Ferrajoli entende que o surgimento da pena como disciplina e correção não se deu na virada do século XVIII para o século XIX como afirma Foucault, e sim na 2ª metade do século XIX, o que configuraria um erro do filósofo francês. Consoante Ferrajoli, os fins de correção destinados às penas não faziam parte do

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Lígia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1983; Conferências IV e V. In: *A Verdade e a formas jurídicas*, Cadernos da PUC: Rio de Janeiro, 1974.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*.

projeto ilustrado do século XVIII, estando presente na obra de alguns reformadores apenas de forma genérica:

“Las proclamaciones de fines correccionales de la pena por parte de los ilustrados (...) no pasan de ser genéricas y están entremezcladas con las mucho más elaboradas de la función de prevención general negativa(...). Doctrinas y legislaciones penales de tipo genuinamente correccional sólo se desarrollan por el contrario en la segunda mitad del XIX, paralelamente a la difusión de concepciones organicistas del cuerpo social, sano o enfermo, acerca del cual son llamados a ejercitarse el ojo clínico y los experimentos terapéuticos del poder. Es entonces cuando el proyecto ilustrado y puramente humanitario del castigar menos se convierte en el disciplinar y tecnológico del castigar mejor.”⁶⁰

Pode-se no entanto verificar que, ademais da diferença explicitada, Ferrajoli e Foucault concordam quanto à modificação da cultura penal ocorrida no século XIX no sentido de objetivar a correção e a disciplina dos réus.

Ferrajoli elenca e descreve três espécies de doutrinas da prevenção especial: *doutrinas pedagógicas da emenda*, *doutrinas terapêuticas da defesa social*, e *doutrinas teleológicas da diferenciação das penas*. As *doutrinas pedagógicas da emenda*, que remontam ao pensamento de Platão e de São Tomás de Aquino e que estão presentes no direito romano e no direito canônico, baseiam-se na idéia da *poena medicinalis*, ou seja, a pena é vista não somente como castigo, mas também como instrumento de transformação dos condenados em homens bons. Segundo Ferrajoli, esta visão pedagógica da pena está mais ligada à tradição judaico-cristã e à medieval do que à tradição ilustrada. Na modernidade, o pedagogismo penal é representado por uma versão católica (Francesco Carnelutti, Vincenzo Garelli, Karl Roeder entre outros) e por uma versão idealista (Ugo Spirito na Itália) que conferem à pena o fim de reeducação e recuperação moral do condenado, mas também conjugado a uma concepção repressiva, retribucionista da pena baseada na dor como remédio da alma.

São *doutrinas terapêuticas da defesa social* as doutrinas positivistas italianas (Enrico Ferri, Raffaele Garofalo entre outros) que tiveram ampla difusão na França, na Espanha e na América Latina, e também as de origem anglo-saxã (Bárbara Wootton) e soviética (Lenin, Evgenii Pasukanis, Petr I. Stucka). Assinalam às penas o fim duplo de curar o condenado por considerá-lo um indivíduo enfermo, e/ou segregá-lo e neutralizá-lo por considerá-lo perigoso.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 264.

Partem do pressuposto de que o homem que comete infrações penais é um ser antropológicamente inferior e degenerado, e, como tal, perigoso. Assim o Estado deveria conferir à pena a função de defender a sociedade do perigo. As doutrinas terapêuticas são frutos das idéias de Lombroso sobre o delinqüente natural e a desigualdade entre os homens, de Spencer sobre a sociedade como organismo social e de Darwin a respeito da seleção natural e luta dos homens pela existência.

As *doutrinas teleológicas* baseiam-se na idéia pragmática de que a individualização e diferenciação das penas de acordo com a pessoa do condenado deverão cumprir a função de prevenção de delitos. É a idéia do Programa de Marburgo (1882) de Franz von Liszt:

“modelo de derecho penal como instrumento flexible y multifuncional de ‘ressocialización’, ‘neutralización’ o ‘intimidación’ según los diferentes ‘tipos’ – ‘adaptables’, ‘inadaptables’ u ‘ocasionales’ – de delincuentes tratados.”⁶¹

As *doutrinas teleológicas* coincidem, portanto, com as *doutrinas positivistas da defesa social*, na medida em que têm como resultado prático a subjetivação dos tipos penais e a diferenciação das penas de acordo com a personalidade dos réus.

Consoante Ferrajoli, as doutrinas correccionalistas desenvolvidas após a 2^a guerra mundial baseiam-se na doutrina teleológica da individualização e diferenciação das penas, mais do que nas doutrinas terapêuticas ou pedagógicas, dominantes do século XIX. É certo que todas elas convergem para um ponto comum: a idéia do delito como patologia, seja ela moral, natural ou social e a idéia da pena como terapia política⁶², onde a pessoa do infrator da lei penal, mais do que sua conduta delitativa, é o foco central:

“Todas estas orientaciones miran no tanto a los delitos como a los reos, no a los hechos sino a sus autores, distinguidos por características personales antes que por su actuar delictivo.”⁶³

E isso se reflete no processo penal, que passa a se direcionar à análise da alma e da personalidade do réu mais do que à averiguação da sua conduta, caracterizando modelos de direito penal substancialistas e decisionistas.

⁶¹ Ibid., p. 268.

⁶² Ibid, p. 270. No mesmo sentido, FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*.

⁶³ Ibid, p.265.

Não bastasse isso, *as teorias da prevenção especial* não podem ser aceitas por outros motivos relevantes. No plano da justiça ou da legitimação externa, as teorias da prevenção especial são discutíveis primeiramente porque a função reeducativa só se refere à pena privativa de liberdade, e não às demais espécies de pena, não podendo ser considerada critério de justificação da pena em geral. Além disso, o fim pedagógico ou ressocializador da pena indicado pelas doutrinas de prevenção especial, é irrealizável, ou seja, a pena não tem função corretiva ou educativa, e a prisão, especificamente, é um lugar criminógeno de educação e incitação à prática de crimes. Isso porque, conforme assevera Ferrajoli, repressão e educação são definitivamente incompatíveis, assim como o são a privação da liberdade e a liberdade mesma, esta que, por sua vez, constitui a substância e o pressuposto da educação. Assim, o que se pode almejar com o cárcere é apenas que seja o menos repressivo possível e, por conseguinte, o menos dessocializador e deseducador possível.

Mais importante ainda é verificar que as *doutrinas da prevenção especial* não são aceitáveis por que ferem o princípio basilar da dignidade da pessoa humana. As teorias da emenda, na medida em que propõem a ressocialização, reeducação ou recuperação moral do réu, afrontam o princípio da liberdade e da livre consciência. As teorias da defesa social e da diferenciação, ao considerarem o infrator da lei penal como um ser anormal e inferior que deve ser corrigido, ou seja, curado ou neutralizado, ferem os princípios de liberdade e igualdade. Enfim, todas as *doutrinas da prevenção especial*, ao objetivarem a recuperação ou integração social mediante a alteração coativa da pessoa adulta, ofendem não só a dignidade do réu, mas também um dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito que é **o igual respeito às diferenças e a tolerância a toda e qualquer forma de subjetividade humana, ainda que perversa ou inimiga**. Assim, o fim de correção do réu é inaceitável do ponto de vista moral pois viola “el primer derecho de cada hombre que es la libertad de ser él mismo y de seguir siendo como es”⁶⁴.

Diferentemente das *doutrinas de prevenção especial*, as *doutrinas da prevenção geral positiva* atribuem à pena a função de integração social. Segundo tais teorias, o direito penal se justifica porque, através da imposição da pena, a

⁶⁴ Ibid., p. 272.

confiança da sociedade nas instituições – abalada pela prática de crimes – é restaurada, renovando-se a fidelidade dos cidadãos ao Estado, ou seja, ao cumprimento ou obediência das leis. Assim, ainda que de forma diferente das *doutrinas da prevenção especial*, as *doutrinas da prevenção geral positiva* também confundem direito e moral, pois o direito penal é por elas considerado instrumento de orientação moral e de educação coletiva, caracterizando o que Ferrajoli denomina estatalismo ou legalismo ético⁶⁵. O utilitarismo penal nas *doutrinas de prevenção geral positiva* fundamenta-se no valor dos fatores sociais de indignação e ódio provocados pelo delito nos cidadãos e satisfeitos pela pena.

A idéia da prevenção geral positiva tem seus antecedentes na primeira metade do século XX, e, na atualidade, é defendida por Günther Jakobs. No plano sociológico, também é encontrada na obra de Émile Durkheim, que atribui à pena a função de estabilização social, ou seja, destinada a atuar sobre toda a sociedade mas sobretudo sobre aqueles que não cometeram infrações penais, no sentido de reforçar a solidariedade contra os infratores.

Consoante Ferrajoli,

“Parece claro, en efecto, que al reducir al individuo a “subsistema físico-psíquico” funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, dicha doutrina se acompaña inevitablemente de modelos de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona.”⁶⁶

Por sua vez, as *doutrinas da prevenção geral negativa* dispõem que o direito penal e as penas justificam-se por sua função de prevenir delitos através da intimidação exercida pela pena sobre a generalidade dos indivíduos, ou seja sobre toda a sociedade. Baseadas na tradicional idéia ilustrada da separação entre direito e moral, tais doutrinas podem ser subdivididas, de acordo com o tipo de intimidação exercida pela pena, em doutrinas da intimidação exercidas mediante o exemplo oferecido pela imposição da pena no caso concreto, ou seja, pela aplicação da pena através de uma sentença condenatória, e doutrinas da intimidação mediante a ameaça da pena contida na lei, ou seja, através da pena cominada (pena *in abstracto*).

⁶⁵ Ibid., p. 274

⁶⁶ Ibid., p. 275.

A idéia da *prevenção geral negativa, baseada na intimidação através do exemplo* da pena aplicada, está presente no pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (Beccaria, Hobbes, Grocio, Locke, entre outros). São doutrinas passíveis de justificar modelos de direito penal máximo e autoritário, inspirados na idéia de que os fins justificam os meios. Ao basearem-se na idéia da eficácia dissuasória da pena mediante o exemplo da condenação, utiliza-se a pessoa do condenado como um meio para o fim de prevenção de delitos futuros, opção indicada como imoral por Kant, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio para fins que lhe são alheios, ainda que sociáveis e louváveis⁶⁷. Além disso, podem legitimar penas severas, baseadas na idéia da pena exemplar e medidas processuais que excluem ou restringem o contraditório, a ampla defesa e o princípio *in dubio pro reo*, e também determinar a imposição de penas desiguais, fixadas de acordo com a conveniência política do momento, ou seja, mais severas ou mais brandas de acordo com o grau de alarme ou comoção social provocado pelo crime. A razão jurídica é reduzida à razão política ou de Estado, que passa a justificar atos de terrorismo penal, como o castigo do inocente⁶⁸.

Por outro lado, *as doutrinas da prevenção geral negativa através da ameaça da pena* contida na lei penal – presente no pensamento moderno de Anselm Feuerbach, Giandomenico Romagnosi, Francesco Maria Pagano e Arthur Schopenhauer, e acolhida por vários juristas posteriores, como Carrara – parecem ser as mais adequadas a justificar internamente as penas, mas não externamente o direito penal. A pena abstratamente cominada é vista por tais doutrinas como meio para assegurar a eficácia das proibições penais:

“Precisamente, se dirá, la pena no es otra cosa que el efecto (desincentivador) dispuesto por la ley penal para disuadir de su infracción a fin de asegurar su eficacia, sin que en ello difiera de cualquier outro tipo de efecto jurídico, cuya previsión por parte de una norma primaria tiene siempre la finalidad de asegurar la eficacia de la norma secundaria que regula el acto al que aquél se imputa.”⁶⁹

A grande vantagem das *doutrinas de prevenção geral negativa através da ameaça legal da pena* consiste na preservação de princípios garantistas essenciais

⁶⁷ Ibid., p. 276.

⁶⁸ Ibid., p. 277.

⁶⁹ Ibid..

para limitar o poder punitivo. A função preventivo-geral assinalada à pena *in abstracto* é a base dos princípios da legalidade estrita, da materialidade dos delitos e da culpabilidade e da responsabilidade pessoal, ou seja, a função do direito penal de prevenir delitos só poderá se dar se as condutas proibidas estiverem previstas exatamente na lei penal em abstrato, condutas estas voluntárias e conscientes, consistentes em ações exteriores e não em estados de ânimo internos do agente ou em condições subjetivas como a periculosidade, a maldade, a imoralidade, a anormalidade ou infidelidade do réu.

Por outro lado, tais doutrinas não são de todo suficientes para justificar o direito penal, ou seja, para responder à pergunta *porque castigar?* e a estabelecer limites externos ou de justiça ao poder punitivo necessários a impedir a tendência ao direito penal máximo, pelo contrário: se o fim do direito penal é a eficácia das proibições penais, estará justificada a máxima severidade das penas, não havendo qualquer limitação quanto à quantidade ou qualidade das mesmas. Em outras palavras, se a ameaça legal da pena funciona como contra-estímulo, ou meio dissuasório ou de coação psicológica, ela será tanto mais eficaz quanto mais elevadas e severas forem as penas com que se ameaça. Além disso, tais doutrinas não escapam à objeção kantiana da utilização da pessoa como meio para fins que lhe são alheios: ainda que não se refiram, como nas *doutrinas da prevenção geral negativa mediante o exemplo da pena aplicada*, a um homem específico e real como destinatário da condenação, a ameaça da pena só é idônea se está destinada a ser colocada em prática mediante a imposição da pena a indivíduos particulares e reais, ou seja, nos dois casos o meio é heterogêneo em relação ao fim, pois este consiste num bem – prevenção de delitos – destinado a pessoas distintas daquelas a quem se destina a pena, de modo que o mal infligido a algumas pessoas é o meio para o fim de bem-estar de outras⁷⁰.

Por fim, outra grande desvantagem das *doutrinas da prevenção geral intimidatória* é que as suas justificações podem ser facilmente utilizadas para justificar medidas e tratamentos penais *extra* ou *ultra delictum*:

“En efecto, una vez justificada con fines de prevención general negativa la amenaza de la pena, no se entiende por qué no podría justificarse con esos mismos fines la amenaza de medidas de prevención a los sujetos sospechosos o peligrosos. No es casual que los modernos sostenedores de la doctrina de la

⁷⁰ Ibid., p. 279.

prevención general mediante la amenaza legal no sólo justifiquen sin dificultad todas las diversas medidas extra-penales – cautelares, de prevención, de seguridad y similares – introducidas junto a las penas por la cultura positivista, sino que en muchos casos señalen como fines ulteriores y accesorios de la pena (...) también la corrección y la neutralización, y con ellos justifiquen no sólo medidas extra-penales sino también los tratamientos individualizados empleados en la ejecución penal.”⁷¹

Conclui-se portanto, que as *doutrinas da prevenção geral negativa mediante a ameaça legal*, da forma como foram concebidas pelo utilitarismo penal moderno, não são aptas a justificar modelos de direito penal garantista, assim como as demais doutrinas justificacionistas expostas aqui. A partir dessa constatação, Ferrajoli propõe uma revisão profunda da tradição utilitarista penal, de forma a justificar corretamente o direito penal em sede meta-ética e a adequá-lo aos moldes garantistas, **o que significa ter como finalidade não somente a prevenção dos delitos, mas a prevenção dos delitos excessivos e incontrolados.**

Primeiramente, é imprescindível diferenciar os dois sentidos que podem ser atribuídos ao questionamento *por que castigar?* Tal pergunta pode dizer respeito tanto aos fins que o direito penal e as penas em geral devem perseguir, quanto às motivações jurídicas das penas e às funções que estas penas cumprem de fato.

Enquanto as doutrinas axiológicas determinam o *dever-ser* do direito penal, estabelecendo, através de opções valorativas, os fins que o direito penal e as penas devem perseguir, as teorias sobre as motivações jurídicas ou sobre as funções que as penas cumprem de fato dizem respeito ao *ser* – fático ou jurídico – do direito penal. Ser e dever-ser do direito penal não devem ser confundidos por que

“(...) la argumentación de un determinado fin como justificador del derecho penal, si bien vale para respaldar una doctrina normativa de justificación, no implica que el fin acreditado sea efectivamente satisfecho y que el derecho penal esté justificado. Y que, a la inversa, la afirmación de que tal fin no queda satisfecho es una crítica que va dirigida al derecho penal y no a la doctrina normativa de justificación, a las prácticas punitivas –legislativas y judiciales– en la medida en que desatienden los fines que las justifican, y no a sus modelos justificativos.”⁷²

⁷¹ Ibid., p. 279-280.

⁷² Ibid., p.325.

Assim, cabe diferenciar as doutrinas de justificação das justificações propriamente ditas. As doutrinas de justificação são discursos normativos acerca dos fins justificadores do direito penal e da pena, tendo como objeto as justificações mesmas, de forma a conferir legitimidade ético-política a tais fins. Já as justificações são discursos assertivos que tem como objeto o próprio direito penal e as penas, e que se dão *a posteriori*, ou seja, a partir da constatação de que determinado ordenamento penal concreto e as penas nele estipuladas satisfazem os fins previamente assumidos como justificadores em virtude da doutrina de justificação adotada, ou seja, através da correspondência comprovada entre os fins justificadores e as funções efetivamente realizadas⁷³.

Ferrajoli elenca duas condições meta-éticas ou dois requisitos fundamentais de um modelo de justificação do direito penal. Primeiramente, é necessário que o fim assinalado ao direito penal seja reconhecido como um bem extrajurídico, e que o meio jurídico – pena – seja reconhecido como um mal, ou seja, como um custo humano e social que precisa ser justificado. E, em segundo lugar, que os meios sejam adequados aos fins, de forma que os fins justificadores do direito penal sejam empiricamente realizáveis através das penas e não realizáveis sem elas, e que, nessa relação entre meios penais e fins extrapenais, sejam levados em consideração os destinatários das penas, a fim de que nenhuma pessoa seja tratada como mero meio para fins que lhe são alheios. Para que esse segundo requisito seja satisfeito, é necessário que os fins e os meios sejam homogêneos entre si, de maneira a possibilitar a confrontação do mal produzido pelas penas com o bem perseguido como fim do direito penal e então justificar a necessidade e também a natureza e medida das penas como um mal ou custo menor do que a não-realização do fim assinalado ao direito penal.

Um modelo de legitimação deste tipo é idôneo não para justificar o direito penal e as penas de um modo apriorístico, mas para indicar as condições em presença das quais o direito penal ou alguma de suas instituições em particular está justificado ou na ausência das quais não está. As justificações serão sempre condicionadas e relativas, e a medida que se dão *a posteriori*, serão parciais e contingentes, ou seja, serão sempre o produto da comprovação de um grau de realização satisfatório do bem extra-jurídico assumido como fim e da ponderação

⁷³ Ibid..

deste com os meios penais justificados. As justificações também podem perfeitamente conviver com hipóteses de não-justificação também *a posteriori*, parciais e contingentes do sistema penal valorado ou de alguma de suas instituições.

O utilitarismo penal moderno, ao atribuir ao direito penal e à pena o fim único de prevenção de delitos com vistas a proporcionar a máxima felicidade para o maior número, ou seja, o máximo bem-estar possível para a maioria não-desviada, por não fazer qualquer referência aos desviados incorre em dois defeitos que o contaminam como doutrina de justificação externa do direito penal. Primeiramente porque o fim único de prevenção de delitos justifica a adoção de penas ilimitadamente severas. Em segundo lugar porque o meio penal (penas) e o fim extrapenal (defesa social através da ameaça legal das penas) são heterogêneos e incomensuráveis entre si, pois se referem a sujeitos distintos: as penas destinadas aos delinquentes e o fim de prevenção de delitos destinado à maioria “não-desviada”.

Assim, segundo Ferrajoli, é necessário um segundo parâmetro de utilidade – que leve em consideração ou tome como referência os destinatários das penas –, a fim de se obter uma doutrina adequada à justificação externa do direito penal: além do objetivo de tutelar o máximo bem-estar possível dos “não-desviados”, deverá também ter em vista o mínimo mal-estar necessário dos “desviados”.

Esse segundo parâmetro de utilidade claramente não se adequa à finalidade de prevenção de delitos, mas sim a uma nova finalidade preventiva que deverá ser acrescentada a esta, que é a prevenção das penas informais, arbitrárias ou desproporcionadas por parte da sociedade e do poder público. Ferrajoli reformula assim a doutrina utilitarista moderna, propondo um novo fim preventivo que seja capaz de limitar o poder punitivo, haja vista que “en rigor, cualquier delito cometido demuestra que la pena prevista para él no ha sido suficiente para prevenilo y que para tal fin habría sido necesaria una mayor”, configurando tal “un ‘necio argumento’ para exarcerbar las penas”⁷⁴. Assim o fim de prevenção geral de delitos não serve para estabelecer um limite máximo às penas, mas somente para estabelecer um limite mínimo à atuação do monopólio estatal punitivo. Para se determinar o limite máximo de atuação do poder de punir,

⁷⁴ Ibid., p. 332.

é necessário acrescentar ao direito penal um outro tipo de fim: o fim de minimização da reação violenta ao delito. Consoante tal entendimento, o direito penal passa a assumir duas finalidades preventivo-negativas ou dois fins justificadores: a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desproporcionadas. A primeira finalidade refere-se à prevenção do mal ou injustiça da violência representada pelo delito, tutelando os interesses de segurança ou defesa social, enquanto a segunda finalidade diz respeito à prevenção do mal da violência representada por penas injustas, tutelando os interesses de liberdade ou defesa individual do réu, acusado ou suspeito, seja ele culpado ou inocente. A pena torna-se assim, ao mesmo tempo, meio e fim: meio e fim de prevenção de delitos através da ameaça, estabelecendo o limite mínimo de atuação do poder punitivo; meio e fim de minimização da reação violenta ao delito, estabelecendo o limite máximo de atuação do poder de punir. As duas finalidades e os interesses que são tutelados através dela entram em conflito através do processo penal contraditório.

No entanto, Ferrajoli assevera a necessidade de se dar maior ênfase ao segundo fim, elencando os motivos para tal orientação. Segundo o autor, a idoneidade do direito penal para satisfazer o segundo fim é mais segura do que a primeira, haja vista que a aptidão do direito penal para prevenir os delitos através da ameaça legal é seriamente duvidosa tendo-se em vista as complexas razões – sociais, morais, culturais, religiosas, psicológicas – que levam os indivíduos a cometerem ou não infrações penais. Além disso, é notório que a função de prevenção de delitos sempre recebeu mais atenção das autoridades públicas do que a finalidade de prevenção das penas arbitrárias, de forma que os interesses de segurança e defesa social sempre estiveram acima dos interesses ou garantias de liberdade do acusado. E, o mais importante: só o segundo fim é suficiente para fundamentar um modelo de direito penal mínimo e garantista, que tenha como objetivo a tutela do inocente e a minimização da reação ao delito, de forma a diferenciá-lo de outros modelos de controle social de tipo policial ou disciplinar possivelmente mais eficientes para satisfazer o fim de defesa social.

É forçoso concluir, em última análise, que o modelo de direito penal mínimo ou garantista é uma técnica de tutela dos direitos fundamentais. Ao assinalar ao direito penal a dupla finalidade preventiva já explicitada, verifica-se que o objetivo maior do direito penal consiste em minimizar a dupla força ou

violência – do delito e da vingança – através da lei penal. Consoante tal entendimento, o fim do direito penal passa a ser mais amplo do que o de defesa ou segurança social através da ameaça legal das penas, revestindo-se, nas palavras de Ferrajoli, a função de proteção do mais débil contra o mais forte: proteção sim, da vítima e da sociedade ameaçada pelo delito, que, nesta hipótese, é parte mais fraca em relação ao delinquente, mas também a defesa do réu, acusado, ou suspeito ameaçado pela vingança ou pela imposição de pena arbitrária ou desproporcional, que passa a ser aí a parte mais débil em relação ao Estado punitivo. A lei penal, nos dois casos, justifica-se enquanto lei do mais débil⁷⁵, orientando-se à tutela dos direitos fundamentais do mais fraco em face da violência do mais forte.

A legitimidade assim assentada visa tutelar os direitos fundamentais de todos, no sentido de que também os interesses da minoria representada pelos suspeitos, acusados e réus são protegidos. Isso implica regras iguais para todos e o respeito à dignidade da pessoa do imputado. Somente tal concepção é apta, ao mesmo tempo, para servir como base de uma doutrina adequada de justificação do direito penal e para fundamentar uma teoria garantista dos limites e vínculos do poder punitivo, ou seja para estabelecer critérios de deslegitimação dos sistemas penais concretos.

Esse novo modelo de justificação do direito penal satisfaz as condições necessárias à legitimidade garantista proposta por Ferrajoli. Ao orientar o direito penal para o fim de prevenção geral negativa, exclui a sua autolegitimação moralista ou naturalista. É modelo apto a responder às duas perguntas atinentes ao porquê do direito penal – *por que proibir e porque castigar* – através da dupla finalidade preventiva explicitada alhures. Exclui ainda modelos de direito penal máximo e reconhece que a pena é sempre um mal, não tendo finalidades filantrópicas de reeducação ou ressocialização, mas que é um mal justificável na medida em que é um custo menor do que a vingança ou a imposição de pena arbitrária, ilimitada ou desproporcional ao fato delitivo cometido. Além disso, estabelece um critério de homogeneidade e comparatividade entre meio penal e fins extra-penais, na medida em que é possível estabelecer uma proporção entre o mal inerente às penas e o fim de se evitar o mal dos castigos arbitrários. Assim, o modelo ferrajoliano, acrescentando uma segunda finalidade que leva em

⁷⁵É ver também: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez e Andréa Gruppi. Madrid: Trotta, 2004.

consideração a finalidade preventiva do direito penal do ponto de vista do imputado, não permite que o mesmo seja utilizado como meio para fins que lhe são alheios. E, por fim, o modelo garantista destaca não somente os custos do direito penal, mas também os custos da ausência do direito penal para a sociedade de um modo geral e também para os réus, no sentido de ser contrário ao que Ferrajoli denomina “anarquia punitiva”⁷⁶.

O esquema de justificação garantista apresenta uma proposta de direito penal mínimo a ser compreendido num tríplice sentido: de máxima redução quantitativa da intervenção penal, de ampla extensão dos vínculos e limites garantistas e o de rígida exclusão de outros métodos de intervenção coercitiva e punitiva de caráter não-penal, como medidas de segurança pública, de prevenção e ordem pública e cautelares de polícia.

O modelo ferrajoliano é apresentado ao mesmo tempo, como teoria garantista do direito penal e como doutrina axiológica de justificação e também de deslegitimação de sistemas penais concretos. Assim, a adoção do modelo penal garantista proporciona não uma justificação do direito penal *in abstracto*, mas somente justificações ou deslegitimações de sistemas penais concretos de acordo com sua maior ou menor adesão ao modelo garantista. Além disso, o modelo garantista permite não apenas justificações globais, ou seja, de um sistema penal em geral, mas também permite justificações e deslegitimações parciais de normas, instituições e práticas específicas de um dado ordenamento.

Por fim, é importante salientar que a justificação do direito penal é sempre histórica e sociologicamente relativa, dependendo do nível de civilização das nações em que se inserem os ordenamentos jurídicos concretos. A violência institucional deverá assim ajustar-se à gravidade da violência que se expressa na sociedade e ao seu grau de intolerabilidade social. É indubitável que a sociedade contemporânea é menos violenta do que as sociedades dos séculos anteriores. Com relação ao grau de tolerância da sociedade em relação ao crime talvez não se possa dizer o mesmo. É refletindo sobre essas questões que Ferrajoli indica o modelo garantista como “un coste, o si se quiere um lujo proprio de sociedades evolucionadas”.⁷⁷

⁷⁶ Ibid., p. 338.

⁷⁷ Ibid., p. 334.