

1

A TEORIA DO GARANTISMO PENAL

1.1

Considerações Iniciais

Ferrajoli estrutura sua obra “Direito e Razão” em cinco partes bem delineadas. Na primeira, analisa as condições epistemológicas necessárias à satisfação de um sistema garantista circunscrito ao modelo de direito penal mínimo. Em seguida, Ferrajoli enfrenta os problemas atinentes a pena, ao delito e ao processo, utilizando um esquema de interrogações caracterizado por, “se, por que, quando e como *punir*; por que, quando e como *proibir*; se, por que, quando e como *julgar*”. (FERRAJOLI, 2006, p. 18).

E completa o autor:

Os problemas do *se* e do *por que* serão enfrentados na segunda parte, através da crítica tanto das doutrinas abolicionistas quanto daquelas justificacionistas do direito penal e a proposta de um utilitarismo penal reformado. Os problemas do *quando* e do *como* serão, ao contrário, discutidos na terceira parte, onde as respostas a estes dois tipos de questão serão identificadas com as garantias penais e processuais que articularei, até o fim do segundo capítulo, entre um sistema de dez axiomas entre si conexos antes logicamente que axiologicamente. (FERRAJOLI, 2006, p. 18).

Na quarta parte da sua obra “Direito e Razão”, Ferrajoli analisa o sistema de intervenção punitiva no Estado italiano, a partir dos pressupostos da Teoria do Garantismo Penal estruturada nos capítulos anteriores. E, por fim, o professor italiano esboça uma teoria geral do garantismo como referencial de justificação que, transcendendo os estreitos limites do direito penal e do direito processual penal, presta-se a verificação do nível de racionalidade de todo o ordenamento jurídico.

Explica Ferrajoli:

Muitas das reflexões teóricas e filosóficas desenvolvidas neste livro, porquanto solicitadas pela atual desordem do nosso direito penal, podem de fato ser estendidas também a outros setores do direito público, paralelamente investidos de uma crise estrutural das garantias do Estado de direito. Também para os outros setores do ordenamento e para os direitos a eles relativos podem se configurar sistemas mais ou menos garantistas ou autoritários, a partir dos modelos de racionalidade e de justiça assumidos como fundamento, dos esquemas de legalidade positivamente elaborados e quem sabe constitucionalizados, e do funcionamento concreto das instituições. (FERRAJOLI, 2006, p. 21).

Para Ferrajoli, o termo “garantismo” compreende três acepções distintas e bem definidas: assinala um modelo normativo de direito, designa uma teoria jurídica onde vigência e validade apresentam-se como categorias jurídicas diversas e, por fim, define uma filosofia política que exige do Direito e do Estado justificação externa.

Na lição de Ferrajoli:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão.

[...]

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

[...]

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2006, p. 785-787).

Inicialmente, Ferrajoli reconhece que a expressão “Estado de direito”, tanto pode definir uma organização política em que o exercício do poder, as competências e os procedimentos são subordinados pela lei, – ou seja, o Estado de direito em um sentido meramente formal – quanto, também, referir-se à uma estrutura estatal em que a lei subordina o exercício do poder e condiciona o conteúdo das formas e dos procedimentos –, isto é, o Estado de direito num sentido substancial.

Para Ferrajoli, o Estado de direito em sentido meramente formal, refere-se, indistintamente, à qualquer organização política, podendo compreender até mesmo aquelas formas autoritárias ou totalitárias de exercício de poder. Por outro lado, este modelo de “Estado legal” não satisfaz os anseios da proposta garantista, que passa a exigir uma estrutura política mais bem elaborada.

O modelo de Estado de direito que Ferrajoli identifica ao garantismo é aquele em que: formalmente, o poder está adstrito ao princípio da legalidade, isto é, os poderes públicos estão disciplinados por leis que determinam as formas, os procedimentos e as competências e, para os casos de inobservância das previsões legais, haverá o controle judicial e; materialmente, todo o poder político encontra-se vinculado pelos direitos fundamentais, isto é, os direitos fundamentais são elevados à referências de conteúdo para aferir a legitimidade do exercício do poder, suas formas, procedimentos e competências.

Na lição de Ferrajoli:

O termo “estado de direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados [em sentido forte, estrito ou substancial]; e neste sentido é sinônimo de “garantismo”. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado : a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juizes delas separados e independentes[...]. b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. (FERRAJOLI, 2006, p. 790).

Importante ressaltar que Ferrajoli não sugere a modificação da estrutura estatal, mas tão-somente, o aperfeiçoamento do Estado de direito existente, ou seja, a estrutura política de matriz liberal-social. Na concepção liberal, a proposta garantista sustenta a não intervenção nos direitos de liberdade do cidadão, enquanto na perspectiva social, Ferrajoli defende a máxima intervenção estatal no sentido de garantir os direitos sociais aos cidadãos. Desta forma, Ferrajoli identifica ao termo “garantismo” o Estado Constitucional de Direito.

Consoante Cademartori, a proposta garantista sugere, “um Estado minimizador das restrições das liberdades dos cidadãos dentro de um Estado Social maximizador das expectativas sociais, com correlatos deveres, do próprio Estado, de satisfazer tais necessidades”. (CADEMARTORI, 1999, p. 161).

Concluindo, assevera Nascimento:

O modelo de Estado de Direito transcende o plano formal e atinge uma perspectiva substancial. O primeiro caracteriza-se pela adoção do princípio da legalidade, onde todo o poder público está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam a forma de exercício, e cuja observância é submetida a controle de legitimidade judicial; subordina todos os atos à lei, qualquer que seja esta. Em claro avanço, no plano substancial, todos os poderes estão a serviço dos direitos fundamentais dos cidadãos, com previsão constitucional das proibições de lesão aos direitos

fundamentais (como no Estado Liberal), e obrigações de dar satisfação aos direitos sociais (como no Estado Social), com a possibilidade dos cidadãos ativarem a tutela judicial. Todos os atos e leis estão submetidos aos conteúdos dos direitos fundamentais, inderrogáveis, mesmo que pela maioria. (NASCIMENTO, 2004, p. 59).

Quanto à validade da norma jurídica, a proposta garantista exige a distinção entre validade formal – vigência – e validade material – validade – da norma jurídica, entendendo que vigência e validade são categorias jurídicas autônomas e independentes entre si.

Para Ferrajoli, o fato de uma norma jurídica ter sido elaborada de acordo com os procedimentos formais previamente estabelecidos por uma lei superior do mesmo sistema jurídico, por si só, não garante a sua validade, caracterizando tão-somente uma norma jurídica vigente.

A validade de uma norma jurídica, na proposta garantista, extrapola os critérios meramente formais de sua produção e, está diretamente relacionada ao seu conteúdo, isto é, além da observância dos critérios formais, uma norma jurídica necessita, para ser considerada válida, por Ferrajoli, estar vinculada, também substancialmente, ao conteúdo das leis superiores do mesmo ordenamento jurídico.

Considera Ferrajoli:

Para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, as quais resguardam as formas e os procedimentos do ato normativo, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, seu significado. Sejam as condições formais suficientes para que uma norma esteja vigente, sejam substanciais necessárias para que esteja válida, estão estabelecidas pelas normas jurídicas que lhes disciplinam a produção em nível normativo superior. (FERRAJOLI, 2006, p. 806).

Observa-se que a simplificação advinda da dogmática tradicional de que a norma jurídica válida corresponde àquela norma produzida em conformidade com outra norma superior, hierarquicamente, do mesmo sistema jurídico, não satisfaz aos anseios da proposta garantista.

Discorre Carvalho:

Ocorre que, com a recepção dos valores iluministas pelas Constituições, a arquitetura do ordenamento e os vínculos entre as normas modificaram-se. A cadeia principiológica constitucionalizada (direitos fundamentais) determinou regras sobre a produção legal não reduzidas apenas às suas condições formais (procedimentais e de competência), mas, sobretudo, relativas ao seu conteúdo. (vínculos substanciais). A incorporação constitucional dos direitos fundamentais impõe à teoria do direito revisão das esferas da validade e vigência das normas, e

a necessária separação destas categorias, principal erro do 'paleopositivismo dogmático' (dogmatismo). (CARVALHO, 2003, p. 102).

Assim, em última instância, os direitos fundamentais inseridos nas Constituições dos Estados Modernos configurariam os referenciais de conteúdo, e não critérios formais, das normas jurídicas inferiores.

Outra questão de grande importância na proposta garantista, que diz respeito à filosofia da política, refere-se à preocupação de Ferrajoli em justificar o Estado, não do ponto de vista interno, mas externamente ao sistema normativo, ou seja, a partir de um referencial ético-político.

Ferrajoli utiliza-se do termo "*autopoieses*", próprio dos teóricos sistêmicos, para caracterizar as correntes de pensamento que sustentam que o Estado constituiria um fim em si mesmo e, inversamente, emprega a expressão "*heteropoiéticas*" para definir as doutrinas que entendem que o Estado apresenta-se como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais.

Explica Nascimento:

Como filósofo do Direito, Ferrajoli parafraseia a expressão *autopoieses*, de Niklas Luhmann, segundo o qual o Estado é um fim em si mesmo. Ao criticar tal expressão, defende Ferrajoli uma concepção *heteropoiética*, na qual o Estado é um meio de garantir os direitos fundamentais do cidadão. Assim, sob esse aspecto, a sociedade e as pessoas são consideradas em si mesmas, com fins e valores, para cuja tutela é instituído o Estado, e no qual a legitimação do direito se faz de modo externo. (NASCIMENTO, 2008, p. 64).

Neste sentido, entender o Estado como instrumento de garantia dos direitos fundamentais, isto é, em concepções "*heteropoiéticas*", conforme proposta garantista, permite justificar a existência do Estado, de um ponto de vista externo, ou seja, a partir da centralidade da pessoa humana e do respeito aos direitos humanos.

1.2

A Teoria do Garantismo Penal e o Direito Penal Mínimo

Em primeiro lugar, observa-se que há quem não reconheça como legítima a intervenção punitiva engendrada pelo Estado. Embora esses movimentos apresentem traços particulares, grosso modo todos concordam que as vantagens realizadas pelo direito penal são, consideravelmente, inferiores às desvantagens perpetradas pelo Estado através da intervenção penal.

Surgem, então, os discursos deslegitimantes do direito penal que contestam sob aspectos vários, tais como éticos, políticos, morais e religiosos os argumentos justificadores da intervenção punitiva do Estado e, onde se pode apontar como teorias mais expressivas: o abolicionismo e o minimalismo penal.

Esclarece Queiroz:

Por abolicionismo penal e por minimalismo (ou direito penal mínimo) consideram-se movimentos de políticas criminal, vertentes da assim chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgidas nos Estados Unidos por volta dos anos 60 e 70 que, rompendo com a criminologia tradicional (a criminologia positiva), e sob o influxo de teorias sociológicas principalmente, das diversas tendências, contrapõe ao paradigma “etiológico”, próprio da criminologia positiva, um novo paradigma, o do “controle”. É natural. Pois, que sob influência comum, ambos os movimentos, os mais representativos da criminologia contemporânea, converjam, em geral, em seus pressupostos e críticas ao sistema de justiça penal. Coincidem, por motivo vário, [...] quanto à “deslegitimidade” (ou ilegitimidade) deste mecanismo formal de controle social. Ambos são, enfim, movimentos político-criminais deslegitimadores do sistema penal. Vêem, tanto o abolicionismo quanto o minimalismo, o sistema penal como um subsistema funcional de reprodução material e ideológica (legitimação) do sistema social global, é dizer, das relações de poder e da propriedade existentes. (QUEIROZ, 2002, p. 39-40).

E conclui o autor:

O sistema penal é incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução de penas, quer em caráter geral, quer em caráter especial, a prática de novos delitos – Argumenta-se que o direito penal, como instância formal de regulação de conflitos, contrariamente à sua programação discursiva, não é capaz de motivar comportamentos no sentido da norma penal, ou seja, no sentido de agir positivamente no processo motivacional de formação da vontade de delinquir. Salienta-se que, a despeito da incriminação, o aborto, o homicídio, o uso e tráfico ilícito de entorpecentes etc. se repetem sistematicamente como se tal proibição simplesmente não existisse. A prevenção geral, portanto, é desacreditada a todo momento. É uma só ilusão, a serviço da só legitimação do discurso e da atuação do sistema. (QUEIROZ, 2002, p. 41).

A corrente abolicionista nega justificação não somente ao direito penal, mas também, a todo o sistema penal, ou seja, o abolicionismo questiona a legitimidade das penas, do conceito de crime, das instituições responsáveis pela imposição e, conseqüente, execução das penas.

Outra crítica do abolicionismo consiste em considerar o direito penal como altamente seletivo, tornando-se assim, um instrumento de reprodução das desigualdades sociais. O caráter seletivo do direito penal pode ser notado a partir da criminalização de comportamentos típicos das classes exploradas, bem como, pelo elevado grau de tolerância em relação às condutas realizadas pela classe dominante.

Para Queiroz:

[...] o verdadeiro e real poder do sistema penal não é o repressivo (poder negativo), e sim o configurador *disciplinário* (positivo), arbitrário e seletivo, vez que, renunciando à legalidade penal, confia-se às agências do sistema penal um controle social militarizado e verticalizado de uso cotidiano e exercido sobre a maioria da população, que vai muito além do alcance meramente repressivo, por ser substancialmente configurador da vida social. Afirma-se o mesmo quanto à prevenção especial – sobre os infratores, no sentido de reintegrá-los ao meio social ou ressocializá-los –, porquanto, a pena de prisão, espinha dorsal dos sistemas penais contemporâneos, confinando o infrator num ambiente antinatural (artificial), que é a prisão, ao revés de ressocializar, dessocializa, ao invés de educar, deseduca, ao invés de humanizar, perverte, estigmatiza etc. É, em si, um fator criminógeno. (QUEIROZ, 2002, p. 41-42).

Segundo os abolicionistas o número de crimes investigados e, efetivamente, punidos é infinitamente inferior ao número de delitos não registrados, o que caracteriza o sistema penal como excepcional, isto é, a regra é a não “perseguição” dos delitos e sim, o seu “esquecimento”. Os delitos cometidos e não penalizados caracteriza o que se denomina no âmbito das ciências que estudam o fenômeno crime como “cifra negra”.

O abolicionismo acredita que com a extinção do direito penal, as relações sociais serão fortalecidas e os conflitos inter-pessoais, resolvidos através da conciliação. Comenta Rocha:

Com a abolição do Direito Penal, espera-se que o poder político volte suas atenções para as pequenas coletividades, estimulando o fenômeno associativo e construindo uma nova perspectiva de trabalho social. O objetivo fundamental é substituir a idéia de readaptar os desviantes pela idéia de ajudá-los a administrar seus próprios problemas, com os métodos que eles próprios escolherem e os meios que lhe forem acessíveis. (ROCHA, 2007, p. 51).

Por outro lado, o minimalismo penal, também conhecido como abolicionismo moderado, prega a retração do direito penal a níveis mínimos, em um primeiro momento, tutelando tão-somente os bens indispensáveis ao convívio social, posteriormente, a extinção total do sistema penal como instrumento de controle social.

Para a teoria do minimalismo penal, a redução provisória do direito penal pode ser alcançada, seja pela descriminalização de determinadas condutas, cuja intervenção punitiva não se faça imprescindível, seja pela despenalização, através da ampliação do sistema penal consensual ou, até mesmo, pela adoção de penas alternativas à pena privativa de liberdade.

Na lição de Rocha:

A redução da gravidade repressiva do Estado pode dar-se mediante os processos de descriminalização, despenalização e diversificação. Mesmo considerando inexistir acordo entre os doutrinadores sobre o exato conteúdo desses conceitos, pode-se entender por descriminalização a retirada, formal ou de fato, do âmbito do Direito Penal de certos comportamentos, não graves, que deixam de ser considerados delitivos. A despenalização significa a redução da gravidade da pena dirigida a um delito, ainda preservando a consideração de que é comportamento socialmente inadequado e delitivo. A diversificação, por sua vez, significa a suspensão dos procedimentos criminais para que as partes resolvam os problemas de pequena monta, utilizando-se de instrumentos extrapenais. O discurso abolicionista moderado sustenta a descriminalização dos fatos menos relevantes, configurando um Direito Penal de mínimas proporções. (ROCHA, 2007, p. 53).

Assim, encontra-se nas teorias abolicionista e minimalista, um rico e diversificado substrato ético-moral-político de deslegitimação do direito penal, que de uma forma mais radical ou mais moderada sustenta ser o Direito Penal um eficaz instrumento de produção e/ou reprodução das desigualdades sociais.

Entretanto, ao edificar a Teoria do Garantismo Penal sobre os pilares do direito penal mínimo, Ferrajoli não propõe a deslegitimação do sistema penal, mas, outrossim, justificar a intervenção penal, à patamares estritamente necessários, a partir de parâmetros bem definidos.

Discorre Zaffaroni:

Para este autor [Luigi Ferrajoli], a deslegitimação do sistema penal não corresponde à idéia que tem sido exposta aqui, ou seja, à irracionalidade de nossos sistemas penais vigentes e operantes, mas sim à impossibilidade radical de legitimar qualquer sistema penal, inclusive futuro e mínimo que seja. Ferrajoli recusa esta radicalização, que parece identificar como própria do abolicionismo, afirmando que mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária, seria necessário um direito penal mínimo como único meio de serem evitados danos maiores (a vingança ilimitada). (ZAFFARONI, 2001, p. 95).

Para Ferrajoli, o direito penal mínimo caracteriza-se como um modelo de intervenção penal rigidamente limitado por normas jurídicas, tanto no plano material – normas propriamente de direito penal –, quanto no âmbito processual – normas de direito processual penal. Neste sentido, o direito penal mínimo corresponderia, estruturalmente, ao Estado de direito.

Em sentido diametralmente oposto, Ferrajoli identifica o direito penal máximo à ausência total de limites ao exercício do poder punitivo, ou seja, o modelo de direito penal máximo como expressão de intervenção punitiva própria dos Estados totalitários.

Assevera o autor:

Por isso, o primeiro modelo [direito penal mínimo] pode ser identificado como modelo do *Estado de direito*, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes). Estes últimos [direito penal máximo], ao contrário, servem para configurar sistemas de controle penal próprios do *Estado absoluto ou totalitário*, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou “totais”. Quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições. (FERRAJOLI, 2006, p. 101).

Observa-se, todavia, que entre os pólos opostos do modelo de direito penal mínimo e do modelo de direito penal máximo, tantos outros modelos de intervenção penal podem ser identificados, dependendo da maior proximidade de um ou de outro referencial.

Por isso, estes modelos intermediários – entre o modelo de direito penal mínimo e o modelo de direito penal máximo – são denominados por Ferrajoli, “de uma tendência ao direito penal mínimo ou de uma tendência ao direito penal máximo”. (FERRAJOLI, 2006, p. 101).

Por fim, Ferrajoli percebe que, em um mesmo ordenamento jurídico, é possível a coexistência de normas tendenciais de modelo de direito penal mínimo e de modelo de direito penal máximo, fato este, que produz a quebra do sistema de garantias penais asseguradas nas Cartas Constitucionais dos Estados de direito.

Esclarece Ferrajoli:

Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira [tendência ao direito penal mínimo] os níveis normativos superiores e, a outra [tendência ao direito penal máximo], os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e uma ilegitimidade tendencial dos segundos. (FERRAJOLI, 2006, p. 102).

Outra questão relevante na identificação da proposta garantista ao modelo de direito penal mínimo, diz respeito ao referencial de certeza utilizado para justificar a intervenção penal. No modelo de direito penal mínimo, o referencial de certeza identifica-se com a idéia de que nenhum inocente será condenado, mesmo que para isso, algum culpado reste impune.

Consoante Ferrajoli:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de

certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. (FERRAJOLI, 2006, p. 102).

Por outro lado, no modelo de direito penal máximo, caracterizado pela falta de limitação ao poder punitivo do Estado, o referencial de certeza é orientado no sentido de se buscar a punição de todos os culpados, mesmo que para tanto, exista o risco de um inocente ser punido.

A ausência de limites à intervenção punitiva, signo do modelo de direito penal máximo, acarreta a irracionalidade e a falta de previsibilidade das condenações e, conseqüentemente, o excessivo rigor das penas impostas.

Neste sentido, a síntese de Carvalho:

Nota-se, portanto, que a estrutura minimalista ou maximalista é representada pela presença ou ausência de critérios de controle do arbítrio punitivo, indicando opções políticas e o ônus a ela inerente: a certeza perseguida pelo direito penal máximo é que nenhum culpado fique sem punição, à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo é, ao contrário, que nenhum inocente seja punido, à custa da incerteza de que algum culpado reste impune. Os dois tipos de certeza, e os custos ligados às respectivas incertezas, refletem interesses e opções políticas contrapostas: de um lado a máxima tutela da segurança pública contra as ofensas ocasionadas pelos crimes, por outro, a máxima tutela das liberdades individuais contra as ofensas geradas por penas arbitrárias. (CARVALHO, 2003, p. 86).

Por fim, o referencial de certeza que norteia a proposta garantista coaduna-se não com a punição de todos aqueles que praticarem um fato qualificado como criminoso, mas, sobretudo, que somente sejam punidos os acusados comprovadamente responsáveis pela conduta criminosa.

Percebe-se assim, claramente, a supremacia dos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência no modelo de direito penal mínimo, o que permite concluir que a ausência de certeza é suficiente para fundamentar a absolvição.

Justifica Ferrajoli:

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova – quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é, na realidade, resolvida por uma presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas. (FERRAJOLI, 2006, p. 104).

Como expressão, igualmente, do direito penal mínimo, a proposta garantista estabelece, como objetivos do direito penal, tanto a prevenção de delitos, quanto a prevenção de reações informais ao cometimento do fato criminoso.

Sustenta Ferrajoli que compreender o direito penal tão-somente como um instrumento de prevenção à prática de delitos, através da ameaça de imposição de pena, resulta na limitação do objetivo – maior e mais abrangente – do direito penal.

Na proposta garantista, o objetivo de prevenção de delitos faz-se através do patamar mínimo das penas abstratamente cominadas aos crimes, entretanto o mesmo ideal – a prevenção de crimes – não é idôneo para justificar o patamar máximo das penas.

No dizer de Ferrajoli:

Como observou Francesco Carrara, “impedir o delito em todos os delinquentes” é “impossível”, e tentar consegui-lo foi, quando muito “a causa fatal da progressiva crueldade dos suplícios”. Com efeito, cada delito cometido demonstra, a rigor, que a pena prevista para o mesmo não foi de molde a preveni-lo e que, portanto, teria sido necessário uma maior. Claro está que se trata de um “argumento idiota” para inspirar as penas. Entretanto, o mesmo serve para demonstrar que os objetivos da prevenção, ou, ainda, somente o da redução dos delitos, não são suficientes para ditar o limite máximo das penas, mas, somente, o limite mínimo [...]. (FERRAJOLI, 2006, p. 308).

Desta forma, percebe-se que a prevenção de delitos não se apresenta como ideal suficiente para justificar o patamar máximo das penas abstratamente previstas, mas somente o patamar mínimo das penas.

A proposta garantista, então, propõe, para justificar o patamar máximo das penas abstratamente cominadas, a prevenção de reações informais ao cometimento do crime, pelo próprio ofendido, ou por parte de qualquer um ligado – por qualquer motivo que seja – ao ofendido.

Com efeito, a prevenção de uma reação informal ao cometimento do crime, que por si só, colocaria o acusado na posição de eventual vítima, apresenta-se, no entendimento de Ferrajoli, como o segundo objetivo do direito penal.

Explica Ferrajoli:

Existe, entretanto, um outro tipo de objetivo, no qual o princípio da pena mínima pode ser comissurado: trata-se da prevenção, mais do que dos delitos, de um outro tipo de mal, antiético ao delito, que normalmente é negligenciado tanto pelas doutrinas justificacionistas como pelas abolicionistas. Este outro mal é a maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, *punitiva mas não penal* – que, na ausência das penas poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. É o impedimento deste mal, do qual seria vítima o

réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo, que representa, eu acredito, o segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal. (FERRAJOLI, 2006, p. 309).

E completa o autor:

Quero dizer que a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. Vem ameaçada e infligida não apenas *ne peccetur*, mas também *ne punietur*. Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinqüente contra reações informais, públicas ou privadas. Nesta perspectiva a pena “mínima necessária” de que falavam os iluministas – compreendida “pena” no sentido genérico de reação aflitiva a uma ofensa – não é apenas um meio, constituindo, ela própria, um fim, qual seja, aquele da minimização da reação violenta ao delito. E este objetivo, diferentemente daquele da prevenção dos delitos, é também idôneo a indicar, em razão da sua homogeneidade como meio, o limite máximo da pena, além do qual não se justifica que esta substitua as penas informais. (FERRAJOLI, 2006, p. 309).

Percebe-se, também, a preocupação de Ferrajoli com a descriminalização de algumas condutas, a fim de evitar a deflação legislativa no âmbito do direito penal. Na proposta garantista, a intervenção penal somente se justifica quando estritamente necessária e, na medida em que seja instrumento de tutela dos direitos fundamentais.

Quantitativamente, Ferrajoli sustenta que as contravenções penais e os crimes punidos com penas de natureza pecuniárias deveriam ser descriminalizados. Para Ferrajoli, um crime punido com pena desta natureza – pena pecuniária –, permite concluir que o objeto tutelado por esta norma não se trata de direito fundamental e, por isso, o direito penal não seria o instrumento mais adequado para a proteção deste bem ou interesse jurídico.

Qualitativamente, a proposta garantista propõe a descriminalização de condutas que não produzam concretas lesões à pessoas físicas. Assim, não sendo o Estado, nos regimes democráticos, um fim em si mesmo, as condutas realizadas em face de sua “personalidade” deveria ser descriminalizadas, bem como, de todas as condutas não ofensivas a terceiros.

Na lição de Carvalho:

O segundo critério seria qualitativo, no qual o princípio da lesividade permitiria considerar apenas as lesões concretas a terceiros (*persona in carne ed ossa*), excluindo condutas contra a personalidade do Estado; administração pública; atividade judicial; religião e piedade aos mortos; ordem, fé e economia pública; indústria e comércio; moralidade, costumes, pudor e honra sexual; família e matrimônio; moral e deveres de assistência familiar; patrimônio et coetera. O autor justifica afirmando que o Estado, nos ordenamentos democráticos, não constitui bem ou valor em si. Assim, estes delitos – descritos normalmente em termos vagos e valorativos opondo-se ao princípio da estrita legalidade –, ficariam sem objeto e perderiam sua razão de existência. No mesmo sentido os casos de

autolesão e crime impossível (vg., prostituição, tentativa de suicídio, embriaguez e uso/porte de drogas). (CARVALHO, 2003, p. 92).

Por fim, em bases estruturais, Ferrajoli sugere a descriminalização das condutas que não acarretam ofensas concretas aos bens e/ou interesses jurídicos tutelados pelo direito penal, tanto nos casos de crime de perigo, quanto nas hipóteses de criminalização prematura de atos preparatórios. A aplicação de pena nas hipóteses de “crimes de perigo”, para Ferrajoli, caracteriza a aplicação de uma sanção à mera ofensa formal da norma.

Explica Ferrajoli:

A terceira restrição tem caráter estrutural e é consequência da modificação, também estrutural, que o requisito de lesividade impõe à maior parte dos delitos. Refiro-me, principalmente, aos delitos de atentado, definidos no Código Rocco como “atos dirigidos a” determinado resultado – incluindo-se, aqui, também, os atos preparatórios e a cogitação, independentemente do perigo a que os bens afetados estiverem sujeitos – e que viriam a reformular-se como “atos idôneos para” produzir tais resultados, com o que ficariam transformados em mera “tentativa” e, com isso, suprimidos, ao estar prevista a tentativa, de forma geral, para todos os delitos. O mesmo pode-se dizer dos denominados “delitos de perigo abstrato” ou “presumido”, nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como “perigo” que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. (FERRAJOLI, 2006, p. 440).

Assim, construída a partir de um modelo de direito penal mínimo – não como vertente de um abolicionismo penal mediato, mas buscando a (re)legitimação do direito penal –, a Teoria do Garantismo Penal identifica como objetivo da intervenção penal estatal, não somente a prevenção de delitos, mas também, a prevenção de reações informais e arbitrárias ao cometimento do delito.

1.3

A Matriz Principlológica do Garantismo Penal

O Garantismo Penal como expressão de direito penal mínimo, apresenta-se estruturado, por Ferrajoli, a partir de dez axiomas, não deriváveis entre si, mas conectados uns aos outros de forma sistemática, permitindo, assim, condicionar – e vincular ao máximo – a intervenção punitiva estatal, às normas materiais – substanciais – de direitos fundamentais.

Sintetiza Ferrajoli:

- A1 *Nulla poena sine crimine*
- A2 *Nullum crimen sine lege*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- A4 *Nulla necessitas sine injuria*
- A5 *Nulla injuria sine actione*
- A6 *Nulla actio sine culpa*
- A7 *Nulla culpa sine iudicio*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione*
- A10 *Nulla probatio sine defensione* (FERRAJOLI, 2006, p. 91).

E completa o autor:

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exteriorização da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionalidade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus* da prova ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, 2006, p. 91).

Os três primeiros axiomas – *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege e; nulla lex (poenalis) sine necessitate* –, revelados nos princípios da retributividade, da legalidade e da necessidade, referem-se às garantias relacionadas à pena.

Segundo o princípio da retributividade, a pena expressa a consequência jurídica do crime, ou seja, numa relação de causa e efeito jurídico, tem-se o delito como causa e a pena como efeito.

Porém, a realização do delito não se torna, por si só, suficiente para a imposição da pena, senão apenas uma das condições exigidas para a imposição da sanção penal.

Assegura Ferrajoli:

O ilícito, de acordo com a estrutura lógica das garantias, é uma condição normativa somente necessária e mas não suficiente para a aplicação da pena, que pode exigir condições ulteriores, tais como a ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, ademais de todo o resto de garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito. (FERRAJOLI, 2006, p. 339).

Quanto ao princípio da legalidade, para Ferrajoli, necessário se faz, sua análise sob duas dimensões distintas: da mera legalidade – ou legalidade em sentido *lato* –, e da estrita legalidade.

O princípio da mera legalidade, representado pelo axioma A2, estabelece que não há crime, não há pena, sem lei anterior que os defina, isto é, a lei como condição do crime e da sanção penal. Tal princípio – da mera legalidade – tem como destinatário, os juízes e determina a sujeição destes ao ordenamento jurídico, qualquer que seja o conteúdo das normas jurídicas.

De outro lado, o princípio da estrita legalidade concentra toda a proposta garantista e, condensa em torno de si, os dez princípios sobre os quais Ferrajoli constrói sua Teoria, em outras palavras, o princípio da estrita legalidade somente se aperfeiçoa na presença de todos os dez axiomas do Garantismo Penal. O princípio da estrita legalidade destina-se a orientar o legislador por ocasião da elaboração das leis, vinculando seu conteúdo aos direitos fundamentais.

Na lição de Ferrajoli:

Enquanto o axioma de *mera legalidade* se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla Lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actine, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada. Daí se segue [...], um papel distinto dos dois princípios e uma distinta estrutura normativa do sistema legal exigida por eles: a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que prevêm penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes. (FERRAJOLI, 2006, p. 93).

Importa ressaltar que enquanto o princípio da mera legalidade refere-se à vigência da norma penal – atendimento aos critérios formais de procedimento e competência para a elaboração da lei –, o princípio da estrita legalidade está diretamente relacionado com a validade da norma penal – subordinação de conteúdo da norma penal aos direitos fundamentais –, por fim, conclui Ferrajoli, “Diremos, portanto, para expressar conjuntamente os dois princípios: *nulla poena, nullum crimen sine lege* válida.” (FERRAJOLI, 2006, p. 350).

No que se refere ao princípio da necessidade, Ferrajoli adota como ponto de partida as idéias iluministas segundo as quais a sanção penal deve ser necessária e, entre as admissíveis, a menos grave possível a fim de prevenir a prática de novos crimes.

Porém, somente o argumento iluminista da prevenção de novos delitos não se torna suficiente para evitar as penas excessivas, uma vez que a pena capital, a prisão perpétua dentre outras penas cruéis e desumanas podem ser invocadas para o fim de prevenir a prática de determinados crimes de extrema gravidade.

Deste modo, embora a prevenção de novos delitos seja um dos objetivos visados através da cominação da sanção penal, não dever ser o único. A prevenção de reações informais também deve ser considerada como fator de minimização da intervenção penal, isto é, neste sentido, assevera Carvalho, “A pena, portanto, seria um instrumento político de negação da vingança; um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência.” (CARVALHO, 2003, p. 150).

Assim, na proposta garantista, a prevenção da prática de novos delitos seria o critério informativo do patamar mínimo da pena, enquanto a prevenção de reações arbitrárias estabeleceria o grau máximo da intervenção penal. Com isso, as penas de morte, corporais, cruéis, desumanas e/ou de algum modo excessivas, restariam não legitimadas a partir da Teoria do Garantismo Penal.

Considera Ferrajoli:

Contrariamente ao simples parâmetro utilitarista da prevenção geral de delitos, que não permite excluir que a supressão de um delinqüente possa em algum caso ser útil às exigências da defesa social, a ulterior finalidade utilitarista da prevenção das penas extralegais e excessivas, ao estar referida à utilidade da pessoa do réu, impõe a consideração, de conformidade com o segundo princípio Kantiano da moral, não como um meio senão como um fim. E resulta por isso um argumento não só pertinente, mas também decisivo e incondicionado em favor da humanidade das penas, no sentido de que toda pena qualitativa e quantitativamente (supérflua porque) maior do que a suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa. Já se tem dito que esta medida é o *limite máximo* não superável sem que o réu seja reduzido à condição de coisa e sacrificado em prol de finalidades alheias. (FERRAJOLI, 2006, p. 364).

O segundo conjunto de axiomas – *nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sine actione e; nulla actio sine culpa* –, traduzidos nos princípios da lesividade, da materialidade e da culpabilidade, dizem respeito às garantias frente ao delito.

Segundo o princípio da lesividade – também denominado de princípio da ofensividade –, a intervenção punitiva somente se legitima quando voltada para evitar lesões efetivas aos bens jurídicos concretos, em outras palavras, conforme esclarece Bitencourt, “Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.” (BITENCOURT, 2008, p. 22).

Observa-se que Ferrajoli ressalta a importância da possibilidade da verificação empírica do evento – resultado lesivo –, não como circunstância suficiente, mas tão-somente como necessária para a configuração do crime.

Na verdade, a proposta garantista, vale-se do princípio da lesividade, menos para justificar a intervenção punitiva, mas, sobretudo, a fim de deslegitimar a criminalização de determinadas condutas que não expõe o bem jurídico, ao menos minimamente, a uma situação concreta de perigo.

Ensina Ferrajoli:

Um programa de direito penal mínimo deve apontar a uma massiva deflação dos “bens” penais e das proibições legais, como condição da sua legitimidade política e jurídica. É possível, também, que nesta reelaboração fique evidenciada a oportunidade, em função da tutela de bens fundamentais, de uma maior penalização de condutas hoje não adequadamente proibidas nem castigadas [...]. Entretanto, nosso princípio de lesividade [...], atua como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas. (FERRAJOLI, 2006, p. 438).

Já o princípio da materialidade – ou da exteriorização da ação – exige, para que se considere um fato como relevante penalmente, que este fato, seja conseqüência de uma conduta humana, isto é, o direito penal deve apenas ocupar-se com resultados lesivos que sejam ocasionados pela ação humana.

Em decorrência disto é que a depravação moral, os propósitos criminosos, bem como todas as formas de idealizações perversas não podem constituir objeto de repressão penal, uma vez que conservados na órbita mental do agente.

Ferrajoli explica a importância do princípio da materialidade:

De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em conseqüência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimos interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passíveis de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal. (FERRAJOLI, 2006, p. 440).

Como se percebe, na proposta garantista, o princípio da materialidade assegura a liberdade de consciência na medida em que exclui da intervenção punitiva estatal, aspectos meramente morais, religiosos e sentimentais.

Neste sentido, afirma Ferrajoli,

“[...] existe um âmbito da vida pessoal intocável pelo poder estatal e resguardado do controle público e da vigilância policial: não apenas as intenções e os projetos, mas, também, com maior razão os erros do pensamento e a opinião que, segundo Hobbes, são exculpáveis ao máximo, posto que, “é impossível que um homem erre de propósito”. (FERRAJOLI, 2006, p. 442).

Por fim, o princípio da culpabilidade completa o rol de axiomas referentes às garantias respeitantes ao delito, conforme estabelecido na Teoria de Ferrajoli. Na antiguidade, a repressão penal apoiava-se exclusivamente em uma relação direta de causa e efeito, em que se bastava o resultado lesivo para configurar responsabilidade penal do agente, ou seja, a intervenção penal, na antiguidade, prescinde de dolo ou culpa e, estende-se, inclusive, aos parentes do agente, caracterizando-se, deste modo, uma responsabilidade penal meramente objetiva.

Reconhecido no direito penal moderno e, notadamente fruto do ideal iluminista dos séculos XVII e XVIII, o princípio da culpabilidade repudia a responsabilidade penal objetiva, como pressuposto da sanção penal e, subordina a intervenção penal à culpa em sentido estrito do agente – critério subjetivo do crime.

Leciona Batista:

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável. [...] Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. [...] Em segundo lugar, temos a personalidade da responsabilidade penal, da qual derivam duas conseqüências: a *intranscendência* e a *individualização* da pena. A *intranscendência* impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime [...]. Por *individualização* se entende aqui especialmente a individualização judicial, ou seja, a exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina. (BATISTA, 2004, p. 103-104).

Por fim, importa ressaltar que os princípios acima expostos, sejam relacionados à pena – princípio da retributividade; princípio da legalidade e princípio da necessidade –, sejam afetos ao delito – princípio da lesividade, princípio da materialidade e princípio da culpabilidade –, compõe a estrutura da proposta garantista de limitação e subordinação dos poderes estatais e apresentam, essencialmente, natureza de direito penal.

1.4

As Tutelas Processuais na Teoria do Garantismo Penal

Observa-se que os quatro últimos axiomas da Teoria de Ferrajoli – *nulla culpa sine iudicio*; *nullum iudicium sine accusatione*; *nulla accusatio sine*

probatione e; nulla probatione sine defensione – consubstanciados nos princípios da jurisdicionariade, acusatório, do ônus da prova e do contraditório, tratam-se de garantias atinentes ao processo penal.

As referidas garantias processuais penais, na lição de Ferrajoli, não devem ser entendidas isoladamente, senão integradas aos princípios de natureza penal – *retributividade, legalidade, necessidade, lesividade, materialidade e culpabilidade* – a fim de assegurar a eficácia mútua dos dois conjuntos de princípios – penais e processuais penais – e, somente assim, afirmar a realização integral da proposta garantista.

Quanto à correlação das garantias penais e processuais penais, assegura Ferrajoli:

[...] cada modelo de legitimação interna dos pressupostos da pena remete a um correspondente modelo de legitimação de seus meios de investigação no processo penal. E, inevitavelmente, cada modelo de processo penal, seja considerado sob o ponto de vista normativo, seja sob o da efetividade, assinala sempre, por sua vez, um correlativo sistema normativo ou efetivo de direito penal substancial. Esquemas e culturas penais e processuais penais, como tenho dito muitas vezes, são sempre conexos entre si. E a conexão é histórica muito mais do que teórica, dado que os acontecimentos do direito penal substancial e da doutrina do delito sempre tiveram por modelos as experiências das instituições judiciárias, e vice-versa. (FERRAJOLI, 2006, p. 495).

Para Ferrajoli, o princípio da *jurisdicionariade* – submissão à jurisdição – apresenta-se como o princípio – de caráter processual penal – fundamental da proposta garantista e, simultaneamente, estruturante dos demais princípios que versam sobre garantias processuais penais.

Como se percebe – na proposta garantista –, o princípio da jurisdicionariade apresenta dois significados diversos. Em sentido amplo – ou lato –, resulta da demanda do conjunto dos princípios materiais – substanciais –, ou seja, as garantias de natureza penal determinam a existência do princípio da jurisdicionariade. Em sentido estrito, o princípio da jurisdicionariade, pressupõe e agrega as demais garantias de ordem processual penal – o modelo acusatório de processo; o ônus da prova a cargo da acusação e; a afirmação do contraditório.

Considera Ferrajoli que o princípio da jurisdicionariade:

Em sentido lato, pode ser expresso pela tese [...] “*nulla poena, nullum criemn, nulla lexpoenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio*”; em sentido estrito, pela tese [...] “*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*”. Com base no primeiro o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais; com base no segundo, por sua vez,

é requerido o conjunto das garantias processuais ou instrumentais. (FERRAJOLI, 2006, p. 495).

Após estabelecer a distinção do princípio da jurisdicionariedade em sentido amplo e em sentido estrito, Ferrajoli relaciona-os com possíveis arquétipos de processo penal, identificando a jurisdicionariedade em sentido amplo com o modelo de processo penal definido como “decisionista” e, a estrita submissão à jurisdição, com o modelo de processo penal chamado de “cognitivo”.

O arquétipo “decisionista” caracteriza-se como um modelo de processo penal formado fundamentalmente em valores, na procura irrestrita da verdade material e, em que o resultado legitima o procedimento. Por outro lado, o modelo “cognitivo” de processo penal valoriza a busca da verdade – a partir da observância de limites legais previamente estabelecidos – passível de controle empírico e, em que o provimento final é legitimado pelo respeito as regras do procedimento.

Ao associar o modelo de processo penal “cognitivo” ao direito penal mínimo e o “decisionista”, ao direito penal máximo, Ferrajoli esclarece que:

As garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma *verdade mínima* em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação. Ao contrário, o processo decisionista, [...] assenta-se em todos os casos na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma verdade máxima, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas e ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa. Neste segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam); enquanto no primeiro é o fim que é legitimado pelos meios (porque fundado ou garantido por vínculos representados). Compreende-se por isso que as garantias procedimentais configuram *garantias de verdade* além de *garantias de liberdade*: de uma verdade mais reduzida, [...] mas também mais controlada que as verdades substanciais mais ou menos aprioristicamente intuídas pelo juiz. (FERRAJOLI, 2006, p. 498).

Por fim, Ferrajoli atesta que a legitimação do modelo “decisionista” de processo penal assenta-se em critérios valorativos, enquanto que a verdade apresenta-se como justificação dos órgãos jurisdicionais e de suas respectivas decisões, no arquétipo “cognitivo” de processo penal.

A respeito, enfatiza Ferrajoli:

A consequência destas técnicas processuais é que no processo de tipo decisionista o princípio de legitimação é constituído imediatamente por juízos de valor. Em um duplo sentido: de um lado, no sentido de valor ou da credibilidade do órgão judicante e, portanto, da fonte de legitimação política do seu poder (soberano, Deus, *experts* e outros); de outro, no sentido dos valores e das avaliações por ele adotados como fundamento de sua decisão (sabedoria, espírito ético, bem comum, interesse nacional e outros) [...]. Por outro lado, o modelo cognitivo de processo penal [...], confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do Poder Judiciário e à validade de seus provimentos que não residem nem no valor político do órgão judicante nem no valor intrínseco de justiça de suas decisões, mas sim na *verdade*, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos. (FERRAJOLI, 2006, p. 498-499).

Afirmando o princípio acusatório como um dos pilares da proposta garantista, Ferrajoli identifica – não como único, mas, sobretudo, como fundamental – o lugar ocupado pelo juiz na relação processual como critério de distinção entre os modelos: inquisitivo e acusatório de processo penal.

O modelo inquisitivo de processo penal caracteriza-se pela concentração em um único órgão das funções de acusar, defender e julgar. A gestão da prova nas mãos do julgador, a investigação secreta e escrita, bem como o tratamento do acusado como mero objeto de investigação são próprios deste sistema.

Esclarece Thums:

[...] o sistema inquisitivo caracteriza-se pela reunião das funções de persecução e julgamento num único órgão estatal. É típica de concepção de Estado absolutista, havendo concentração de todo o poder nas mãos do soberano. O acusado é reduzido a mero objeto da persecução penal, sem direitos ou garantias. A prova pode ser obtida por qualquer meio, ainda que cruel. A idéia é de repressão máxima a quem infringiu a lei, por isso que a ação penal é desencadeada pelo próprio julgador. O objetivo é busca da verdade a qualquer custo. Este sistema é típico dos estados nacionais de monarquia absolutista e do direito canônico, porque apropriado para combater os opositores ou infiéis, como o poder e a heresia, respectivamente. (THUMS, 2006, p. 202).

Por outro lado, o modelo acusatório, consiste – essencialmente – na estruturação de um processo penal de partes, em que há a separação incontinente das funções de acusar, defender e julgar. Nota-se também que o princípio acusatório, ao pressupor um processo penal entre partes, eleva o acusado à situação jurídica de sujeito de direito – e não como objeto de investigação – e, conseqüentemente, garante ao acusado a igualdade de condições em relação ao órgão encarregado de promover a acusação.

Consoante Ferrajoli:

[...] parece-me que no plano teórico a dicotomia “acusatório/inquisitório” pode utilmente designar uma dúplice alternativa: primeiramente aquela entre dois modelos opostos de organização judiciária e por conseguinte entre duas figuras de *juiz*; em segundo lugar aquela entre dois métodos igualmente contrapostos de investigação processual e, portanto, entre dois tipos de *juízo*. Justamente pode-se chamar acusatório todo o sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei *inquisitório* todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa. (FERRAJOLI, 2006, p. 519-520).

Como se percebe, no modelo inquisitivo de processo penal, torna-se inconcebível também a noção de vincular o ônus da prova ao órgão responsável pela promoção da acusação, uma vez que incompatível – o ônus da prova a cargo da acusação – com a forma de concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma mesma instituição.

Por isso, o princípio do ônus da prova a cargo da acusação pressupõe, reforça e complementa o modelo acusatório de processo penal, na medida em que se assenta – o princípio do ônus da prova a cargo da acusação – em um arquétipo de processo penal que privilegia a separação das funções de acusar, defender e, sobretudo, julgar.

A separação das funções de acusar e defender, típicas do modelo acusatório de processo penal, acarreta o surgimento de partes formalmente diversas e identificáveis na relação processual. De um lado, o órgão encarregado de deduzir e promover a acusação, de outro, a defesa cuja responsabilidade consiste em demonstrar a inexistência de responsabilidade penal do acusado.

Sendo que, nesta relação processual penal, o princípio da presunção de não-culpabilidade pende a favor do acusado, transferindo a obrigação de demonstrar efetivamente a responsabilidade penal do acusado ao órgão encarregado de promover a acusação.

Segundo Ferrajoli:

Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do *ônus acusatório da prova* expresso pelo nosso axioma *A9 nulla acusatio sine probatione*. Por outro lado, a rígida separação dos papéis entre os atores do processo, [...] forma a primeira característica do sistema acusatório, impede que tal ônus possa ser assumido por sujeitos que não da acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum pelo juiz, que tem ao invés a função de julgar

livremente a credibilidade das verificações e das falsificações exibidas. (FERRAJOLI, 2006, p. 562).

Por fim, encerrando o rol de garantias relativas ao processo penal, na Teoria de Ferrajoli, encontra-se o princípio do contraditório ou da defesa, ou ainda, da falseabilidade. Decorrente do sistema acusatório de processo penal, bem como, da atribuição do ônus da prova ao órgão encarregado da acusação, o princípio do contraditório assegura a possibilidade de refutação da pretensão acusatória, isto é, afasta a acusação calcada em bases valorativas, não suscetíveis de contestação.

O princípio do contraditório exige a igualdade de tratamento entre o órgão de acusação e a defesa do acusado em todo o decorrer da relação processual penal. Neste sentido, necessário se faz, tanto a orientação, como também, o acompanhamento de um defensor devidamente preparado a fim de equilibrar a relação “acusação/defesa” no embate processual penal.

O direito de participação como expressão do princípio do contraditório, garante a efetiva intervenção, seja pessoalmente pelo acusado, seja através de seu defensor, na realização de todo e qualquer ato processual penal realizado como pressuposto do provimento judicial final.

Destaca Ferrajoli:

O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o *direito de defesa*, expresso aqui como o axioma *A10 nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia [...] como principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A *defesa*, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas. (FERRAJOLI, 2006, p. 564).

Assim, o conjunto de garantias acima expostas, consubstanciadas nos princípios da jurisdiccionabilidade, acusatório, do ônus da prova a cargo da acusação e do contraditório, constituem o arcabouço teórico, na perspectiva processual penal, da proposta de Ferrajoli.

1.5

A Ilegitimidade da Prisão Processual na Teoria do Garantismo Penal

Partindo do princípio da presunção de inocência, Ferrajoli procura demonstrar a ilegitimidade da prisão do acusado antes de uma sentença penal condenatória definitiva. Derivado do axioma *A7 nulla culpa sine iudicio* – princípio da jurisdicionariedade –, o princípio da presunção de inocência repercute durante todo o trâmite processual penal – como regra de tratamento –, bem como, no âmbito probatório – como regra de juízo.

Como regra de tratamento, o princípio da presunção de inocência determina que o acusado não seja tratado como culpado senão a partir de uma sentença penal condenatória irrecorrível, isto é, durante todo o desenvolvimento do processo penal, o acusado deve ostentar a condição de inocente. Como regra de juízo, o princípio da presunção de inocência transfere ao órgão acusatório todo o ônus da prova sobre a existência do crime e a responsabilidade penal do acusado.

Para Ferrajoli, a histórica coexistência do princípio da presunção de inocência com o instituto da prisão processual não basta, por si só, para legitimar o encarceramento do acusado antes de uma decisão penal condenatória final.

Com efeito, justificada pelos teóricos do movimento Iluminista¹ como um “mal necessário”, a prisão processual estabeleceu-se nos ordenamentos jurídicos a partir do século XVIII e, transformou-se, paulatinamente, em medida de segurança social. Ressalta-se, ainda, que o programa fascista adulterou sobremaneira o instituto da prisão processual, ao utilizá-la, não como medida de tutela da regularidade da persecução penal, outrossim, como medida de defesa da ordem política então instituída.

Na verdade, o programa fascista empregou o cerceamento da liberdade de locomoção com nítido propósito metaprocessual, ou seja, como instrumento de

¹ Na lição de Ferrajoli, “[...] para HOBBS, a prisão preventiva não é uma pena mas um ‘ato de hostilidade’ contra o cidadão, de modo que ‘qualquer dano que faça um homem sofrer, com prisão ou constrição antes que sua causa seja ouvida, além ou acima do necessário para assegurar sua custódia, é contrário à lei da natureza’. Para BECCARIA, ‘sendo a privação da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade’: precisamente, a ‘custódia de um cidadão até que seja julgado culpado, ... deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível’ e ‘não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime’. Para VOLTAIRE, ‘o modo pelo qual em muitos Estados se prende cautelarmente um homem assemelha-se muito a um assalto de bandidos’. Analogamente, DIDEROT, FILANGIERI, CONDORCET, PAGANO, BENTHAM, CONSTANT, LAUZÉ DI PERET E CARRARA denunciam com força a ‘atrocidade’, a ‘barbárie’, a ‘injustiça’ e a ‘imoralidade’ da prisão preventiva, exigindo sua limitação, tanto na duração como nos pressupostos, aos casos de ‘estrita necessidade’ do processo.” (FERRAJOLI, 2006, p. 508).

proteção do Estado – através da prisão preventiva obrigatória e/ou automática – contra os indivíduos considerados “perigosos”.

Sintetiza Ferrajoli:

A historia da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectada com o princípio da presunção de inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo. Desse modo, ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*. E só voltou a ser estigmatizada com o Iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio “nulla pena, nulla culpa sine iudicio” e à redescoberta do processo acusatório. [...] Nenhum desses pensadores [Iluministas], contudo, chegou a exigir coerentemente a supressão do vituperado instituto: como se ele fosse uma “injustiça necessária” [...]. Em suma, ainda que em nome de “necessidades” diversas, por vezes invocadas cada qual como exclusiva [...] a prisão preventiva acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico. [...] a consequência dessa legitimação foi que a prisão preventiva, depois do retrocesso autoritário da cultura penal oitocentista, arraigou-se em todos os ordenamentos europeus, estando presente nas cartas constitucionais, consolidando-se nos códigos e estendendo-se nas práticas até atingir as bem conhecidas dimensões patológicas hodiernas. (FERRAJOLI, 2006, p. 508-509).

E conclui o autor:

A perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano, foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à “estrita necessidade” instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes. [...] Com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise, não houve mais freios ao uso e abuso da prisão preventiva e à sua aberta legitimação, sem jogo de palavras ingênuo, como “medida de segurança processual”, necessária para a defesa social” e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado “grave clamor público”. [...] a prisão preventiva assumia assim a fisionomia de uma verdadeira medida de prevenção contra os perigosos e suspeitos ou, de uma execução provisória, ou antecipada, da pena. E terminava por alterar a ordem completa do processo e, mais em geral, do sistema penal. O elemento mais dilacerante e aberrante foi indubitavelmente aquela invenção fascista da obrigatoriedade da prisão [provisória]. (FERRAJOLI, 2006, p. 509-510).

Por outro lado, Ferrajoli considera que a prisão processual, independentemente da finalidade invocada – seja de ordem processual penal ou instrumental, seja de índole penal ou repressiva – ofende o princípio da jurisdicionalidade, uma vez que o cerceamento da liberdade de locomoção pressupõe, não somente uma decisão judicial, senão um concreto julgamento.

Ainda, Para Ferrajoli, a prisão processual ofenderia o senso ordinário de justiça, inculcando temor e desconfiança e, conseqüentemente, acarretando a ausência de legitimidade ao processo penal.

Consoante Ferrajoli:

[...] toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. (FERRAJOLI, 2006, p. 511-512).

Afastada, então a finalidade de defesa social da prisão processual, por flagrante ofensa ao princípio da presunção de inocência, Ferrajoli passa a analisar as duas funções – de maior relevância – atribuídas pelos pensadores Iluministas sobre o encarceramento do acusado anteriormente à sentença penal condenatória final.

Quanto à função de preservação dos meios de prova, atribuída à prisão processual, isto é, o encarceramento do acusado a fim de se evitar que o mesmo possa alterar as provas atinentes ao fato criminoso, ou então, ameaçar testemunhas, Ferrajoli assegura que este fundamento, não deve ser erroneamente entendido como meio de garantir a realização do interrogatório do acusado, menos ainda, como instrumento idôneo para extrair do acusado a confissão do crime.

E, assim, a prisão processual somente se justificaria aos estritos limites temporais necessários à condução do acusado à presença do juiz a fim de ser imediatamente interrogado. Após o referido ato processual, o acusado deveria ter, incondicionalmente, a sua liberdade de locomoção, restituída.

Para Ferrajoli, a prisão processual além do período de tempo necessário à realização do interrogatório, acarreta considerável prejuízo para o acusado, uma vez que o coloca em situação desfavorável em relação ao órgão acusador.

Considera Ferrajoli:

Mas depois do interrogatório e da imediata apreciação dos argumentos defensivos a custódia do imputado não há mais justificativa. [...] Excluída a função de conservação das provas, o prolongamento da detenção não pode ter outro efeito (para não dizer outro escopo) que o de colocar o imputado numa condição de submissão, de colocar obstáculos a sua defesa, de induzi-lo eventualmente à confissão e até mesmo permitir que outros sujeitos – a acusação, a parte civil ou outros interessados – realmente deteriorem as provas. (FERRAJOLI, 2006, p. 513-514).

Por fim, Ferrajoli contesta a possibilidade de decretação da prisão processual para evitar a fuga do acusado e, conseqüentemente, garantir a aplicação da lei penal. E, adverte o autor que em sociedades, mundialmente integradas, como as atuais, a fuga em definitivo do acusado seria pouco provável e, ainda assim, caso ocorresse, “ela teria alcançado, na maior parte dos casos, o efeito de neutralizá-lo para a tranqüilidade das finalidades de prevenção do direito penal.” (FERRAJOLI, 2006, p. 515).