

A TEORIA DO GARANTISMO PENAL EM QUESTÃO: O OLHAR ANTI-INQUISITORIAL DA AXIOLOGIA DE LUIGI FERRAJOLI

Débora de Souza de Almeida¹

Sumário: 1 Introdução; 2 Uma pausa necessária: notas sobre a preocupante confusão entre abolicionismo e garantismo penal; 3 O sistema garantista: a construção de Luigi Ferrajoli; 3.1 As garantias penais e seus derivados; 3.2 As garantias processuais penais; 4 O princípio da secularização: implícito pilar da axiologia garantista; 5 A redefinição garantista dos planos das teorias do direito, do Estado e da política e sua vinculação com a democracia substancial; Considerações finais; Referências.

Resumo: o presente artigo traz a lume uma consistente síntese das garantias penais e processuais penais que compõem a festejada Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. Neste viés, inclui-se nas seguintes páginas a axiologia garantista do mestre italiano, a qual invoca a responsabilidade do legislador e do julgador, sendo que ao primeiro é vedada a redação de normas maniqueístas e arbitrárias por propiciarem juízo de valor, enquanto ao segundo é defeso a consideração de normas alicerçadas em critérios subjetivos por impedirem a falseabilidade. Ilustra-se ainda, que o sistema garantista, como instrumento de intervenção mínima, propõe-se a conferir ao Direito Penal um modelo racional, opondo-se não somente à vertente abolicionista, mas às políticas criminais expansionistas e extremistas, que recaem mormente sobre aqueles que se encontram à mar-

¹ Doutoranda em Direito Penal pela Universidad Complutense de Madrid – UCM. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Ciências Penais pela mesma instituição. Advogada. Autora do livro “Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas”, publicado pela Juruá Editora.

gem da sociedade.

Palavras-chave: garantismo; axiomas; abolicionismo; direitos fundamentais; direito penal.

1 INTRODUÇÃO



e “[...] uma (mera) racionalidade instrumental²” à salvaguarda dos direitos fundamentais. Através desse raciocínio, a teoria do garantismo penal visa imprimir ao Direito um novo papel, contrapondo-se ao juspositivismo vigente, a fim de adequá-lo aos valores constitucionais. Nesta direção, ressalta a dicotomia entre a vigência e a validade da norma, uma vez que esta pode obedecer à forma, mas o seu conteúdo pode ser inválido por não acolher as garantias fundamentais, vinculando o julgador a uma análise crítica e não à mera aplicação da lei vigente³.

Todavia, frisa-se que o Judiciário não possui responsabilidade exclusiva quanto ao êxito da teoria garantista, eis que no seu ofício de julgar depara-se com conflitos já instalados pela ineficiência na concretude dos direitos fundamentais e sociais. Nesta empreitada, denota-se que os demais poderes e a própria sociedade são imprescindíveis na efetivação do sistema garantidor, seja na elaboração de leis condizentes com os ditames da Carta Magna, seja na prestação dos direitos sociais, pois como bem leciona Canotilho,

Os direitos fundamentais vinculam as entidades públicas, não apenas de forma ‘negativa’ – impondo-lhes uma proibição de agressão ou ingerên-

² STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. 3. ed. rev., mod. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 25.

³ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebades (Org.) *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 94.

cia na esfera do direito fundamental –, mas também de forma ‘positiva’ – exigindo delas a criação e manutenção dos pressupostos de facto [sic] e de direito necessários à defesa ou satisfação do direito fundamental⁴.

Porém, no contexto brasileiro em que há a persistência do Executivo na implementação de políticas públicas mediatistas, incapazes de aplacar situações de vulnerabilidade social, bem como do Legislativo na produção de uma legiferação penal que subjuga as garantias aos anseios escusos de clamor social, cumpre ao julgador, como elemento final e depurador da cadeia, refrear a violência dirigida aos direitos fundamentais, adequando suas decisões aos preceitos constitucionais.

Por este viés, ao apregoar a minimização da intervenção penal através do resguardo das garantias, a teoria de Ferrajoli evidencia-se avessa aos modelos dogmáticos e antipluralistas representados pela Inquisição, pelo nacional-socialismo, pelo Direito penal do inimigo e outros tantos marcados pelo paradigma da intolerância⁵, incluindo-se nessa atroz sistemática os componentes da criminologia da vida cotidiana e a previsão infraconstitucional da reincidência criminal⁶.

2 UMA PAUSA NECESSÁRIA: NOTAS SOBRE A PREOCUPANTE CONFUSÃO ENTRE ABOLICIONISMO E GARANTISMO PENAL

No Brasil, tanto nas práticas dos agentes da cultura penal,

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 139.

⁵ Interessante lembrar que “[...] os modelos de pureza, os padrões a serem conservados mudam de uma época para outra, de uma cultura para a outra”. Desse modo, “[...] cada esquema de pureza gera sua própria sujeira e cada ordem gera seus próprios estranhos [...]”. Cf. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 16-23.

⁶ Sobre o tema, vide ALMEIDA, Débora de Souza de. *Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

quanto nas narrativas do senso comum, muito se confunde as diretivas apregoadas pela teoria garantista e pela doutrina abolicionista, resultando equivocadamente por compreendê-las como sinônimas. Por esse prisma, no intuito de contribuir para o afastamento de *pré-juízos inautênticos*⁷ que conduzem à *baixa aplicação*⁸ dos postulados do garantismo penal, depreende-se que a identificação das características distintivas das referidas vertentes é de suma importância, eis que sua melhor compreensão pode propiciar uma revisão de práticas e posicionamentos.

Por este aspecto, enquanto a cadeia de silogismos esculpida por Ferrajoli evidencia-se favorável à punição, desde que numa perspectiva de direito penal mínimo, conforme ilustrado nos persistentes questionamentos acerca do por que, de quando e de como proibir, julgar e punir⁹, o abolicionismo revela não reconhecer qualquer legitimidade dos artefatos penais, seja pelo fundamento ético-político por estes apresentados, seja pelos pequenos benefícios que trazem se comparados aos vultosos danos que acarretam¹⁰.

⁷ Neste sentido, invoca-se a esplêndida reflexão de Streck que, embora tenha sido motivada pela abordagem da baixa aplicabilidade das diretivas constitucionais, revela-se adequada diante dos preceitos garantistas, eis que estes, alicerçados em direitos fundamentais limitadores do poder punitivo, encontram-se mormente salvaguardados pelas constituições. Cf. STRECK, Lenio Luiz. A Jurisdição Constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: breve balanço crítico nos quinze anos da Constituição Brasileira. In: (RÚBIO, Davi Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (org). *Direitos Humanos e globalização*. [recurso eletrônico] Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 348.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. A Jurisdição Constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: breve balanço crítico nos quinze anos da Constituição Brasileira. In: (RÚBIO, Davi Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (org). *Direitos Humanos e globalização*. [recurso eletrônico] Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p.348.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 231 e ss.

¹⁰ *Ibid.*, p. 247-248.

Nestes termos, ancorada nos estudos realizados pela Teoria da Reação Social¹¹, a corrente abolicionista, cujos expoentes são Christie, Hulsman e Mathiesen, exara uma patente *vontade de eliminação* do sistema penal, alertando que os conflitos, incapazes de serem totalmente suprimidos do *corpus social*, devem ser remetidos para tratamento no âmbito cível ou administrativo, quando não resolvido no plano informal-comunitário.

Christie, numa linha mais comedida, concorda que o sistema penal, com suas prisões que mais parecem *gulags* e campos de concentração, é um instrumento hábil para produção de dor, razão pela qual devem ser buscados meios alternativos de cunho privatista ou comunitário, pautado na mediação e na reparação do dano impresso pelo desvio, a fim de que a sanção penal seja relegada a *ultima ratio*¹².

Mathiesen, por seu turno, influenciado pelos preceitos marxistas e calcado na eficácia inversa da prevenção especial positiva¹³, advoga pela progressiva abertura do seletivo sistema penal, bem como pela abolição da vultosa máquina carcerária, apontando que a maior parte dos que lá se encontram fora condenada por crimes contra o patrimônio.

Hulsman, numa implícita conjugação desses dois exames, comparece por derradeiro como o abolicionista mais radical, reivindicando em linhas gerais pela eliminação integral do que denomina de *mal social*¹⁴ em prol de meios informais ou

¹¹ Impende registrar que a Criminologia da Reação Social é constituída pela Criminologia Interacionista e pela Criminologia Radical ou Crítica. Para maiores informações conferir CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 98; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 87.

¹² CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 120-179.

¹³ MATHIESEN, Thomas. *The politics of abolition*. London: Martin Robertson, 1974. passim.

¹⁴ HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997. p. 91.

comunitários menos danosos, como a resolução de conflitos na seara cível ou administrativa, com vistas a “[...] dar vida às comunidades, às instituições e aos homens¹⁵”.

Todavia, embora reconheça os contributos da referida doutrina que, centrada na perspectivas externa e seletiva do direito penal, estimulou pesquisas sobre as origens culturais e sociais do desvio, bem como acerca do relativismo histórico-político dos interesses penalmente tutelados, intensificando indagações sobre a legitimidade moral das doutrinas penais dominantes e, por conseguinte, impondo a estas a tarefa de elaborar justificativas positivas mais convincentes para este constructo arbitrário e artificial¹⁶, reflete Ferrajoli que

El abolicionismo penal más allá de sus intenciones libertarias y humanitarias se configura por todo ello como una utopía regresiva que, bajo presupuestos ilusorios de una sociedad buena o de un estado bueno, presenta modelos en realidad desregulados o autorregulados de vigilancia y castigo respecto a los cuales es el derecho penal -con su complejo, difícil y precario sistema de garantías- el que constituye, histórica y axiológicamente, una alternativa progresista¹⁷.

Inobstante, acrescenta que, igualmente, os vieses do substitucionismo penal não devem ser confundidos com a axiologia garantista e, tampouco, com o ideal abolicionista, tendo em vista que aqueles, ao apregoarem a substituição dos métodos penais atuais por *tratamentos pedagógicos ou terapêuticos informais*, incluindo neste rol, novos instrumentos coercitivo-institucionais, restam por cristalizar, ainda que sob um discurso libertário-humanista, um claro perfilhamento ao correlacionis-

¹⁵ Ibid., p. 92.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 252.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 341.

mo positivista¹⁸.

Nestes termos, resta nítido que as premissas da Teoria o Garantismo Penal demonstram-se explicitamente contrárias às apregoadas pela doutrina abolicionista, razão pela qual a preocupante confusão que as interliga não pode prosperar.

Dito isso, adentra-se ao necessário exame da axiologia garantista cunhada magistralmente por Luigi Ferrajoli.

3 O SISTEMA GARANTISTA: A CONSTRUÇÃO DE LUIGI FERRAJOLI

Resumidamente, o sistema garantista de Ferrajoli, representado pela sigla SG, é composto por dez axiomas, conexos e não deriváveis, que dividem-se em garantias penais e processuais penais que, representadas por equações, visam limitar o arbítrio punitivo do Estado, tanto na cominação, quanto na aplicação da pena.

Desse modo, são garantias penais: *nulla poena sine crimine* (A1), denominada como princípio da retributividade; *nullum crimen sine lege* (A2), intitulada como princípio da legalidade em sentido lato ou estrito; *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (A3) chamada de princípio da necessidade ou economia do direito penal; *nulla necessita sine iniuria* (A4), traduzida pelo princípio da lesividade ou ofensividade do ato; *nulla iniuria sine actione* (A5), que corresponde à materialidade ou exterioridade da ação; e *nulla actio sine culpa* (A6), que indica o princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal.

As garantias processuais, por seu turno, são compostas pela *nulla culpa sine iudicio* (A7), que reveste o princípio da jurisdicionariiedade em sentido lato ou estrito; pela *nullum iudicium sine accusatione* (A8), que denota o princípio acusatório ou da separação do juiz e acusação; pela *nulla accusatio sine probatione* (A9) que consiste no princípio ônus da prova ou da

¹⁸ Ibid., p. 248.

verificação e, por fim, pela *nulla probatio sine defensione* (A10) que enuncia o princípio do contraditório, também conhecido como da defesa ou da falseabilidade¹⁹.

O atendimento de tais axiomas que, combinados podem expressar até 75 teoremas²⁰, revelam o grau de garantismo de cada sistema, pois não basta que as garantias estejam previstas no texto constitucional, mas sim que sejam efetivadas, sendo inadmitida a interferência de qualquer legislação ordinária ou de cunho inquisitorial sobre os direitos fundamentais que delas decorrem²¹.

3.1 AS GARANTIAS PENAIS E SEUS DERIVADOS

O princípio da retributividade é a primeira e mais singela garantia penal esposada por Ferrajoli. Traduzido pela máxima *nulla poena sine crimine*, indica que a pena só pode ser aplicada na ocorrência do seu pressuposto, isto é, o delito. Para tanto, a pena exerceria uma função retributiva e não preventiva, eis que se optasse pela segunda alternativa, revelar-se-ia acolhedora de uma política inquisitorial e, portanto, antigarantista, haja vista que

La garantía del carácter retributivo de la pena – en virtud de la cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es) – sirve precisamente para excluir, al margen de cualquier posible finalidad preventiva o de cualquier otro modo utilitarista, el castigo del inocente aun cuando se le considere por sí malvado, desviado, peligroso, sospechoso o proclive al delito, etc²².

Contudo, alerta o autor italiano que a prática de um ato

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. 93-98.

²⁰ *Ibid.*, p. 110-113.

²¹ *Ibid.*, p. 21-23.

²² *Ibid.*, p. 369.

descrito como crime não é suficiente para acionar a punição, visto que da análise do caso concreto, sob a observância das demais garantias, uma excludente poderá ser encontrada²³.

Doravante, traz-se a lume as concepções substancialista e formalista, as quais pretendem explicar o que é ou o quê deve ser concebido como delito.

A primeira acepção, também denominada *quia peccatum*, é radicalmente repudiada pelo sistema garantista, eis que ao acoplar ao delito elementos subjetivos, ligados à moral e à natureza, ceifa qualquer possibilidade de refutação. Sinteticamente, menciona Ferrajoli que “se trata, en efecto, de una técnica punitiva que criminaliza inmediatamente la interioridad o, peor, la identidad subjetiva del reo y que, por ello, tiene un carácter explícitamente discriminatorio, además de antiliberal²⁴”.

Constata-se, então, que a aludida vertente fere frontalmente o princípio da secularização dando guarida a decisões inquisitoriais motivadas por critérios extraordinários ao fato.

A segunda concepção, também chamada *quia prohibitum*, determina que o texto legal atenha-se a dados objetivos ao descrever o tipo penal, a fim de propiciar a sua aferição no lastro probatório. Desnudando-se de aspectos morais, a criminalização primária resultaria num suporte racional, atuando como instrumento limitador do Estado e, ao mesmo tempo, desencadeador dos demais axiomas garantistas²⁵.

Destarte, é manifesta a importância do princípio da legalidade na estruturação da ordem jurídica e no controle interventivo penal. Todavia, cabe esclarecer que o sistema de Ferrajoli não se satisfaz com a diretiva em sentido lato, também denominada mera legalidade, mas sim com o princípio em sentido estrito.

²³ Ibid., p. 368.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 101.

²⁵ Ibid., p. 370-374.

Consoante o princípio da mera legalidade, toda norma vigente implica punição, independentemente de seu conteúdo. Tal visão, extremamente mecanicista, é contrária aos preceitos garantistas, posto que o intérprete, ao não questionar a validade da norma, alimenta o ciclo de desigualdade. Contudo, como fiel defensora da vigência, contribuiu para o direito penal, inserindo ao sistema os corolários da irretroatividade da lei e da ultra-atividade²⁶.

No que tange ao princípio da estrita legalidade, cumpre ao magistrado, através de uma filtragem axiológica, analisar a validade da norma vigente, a fim de anulá-la ou, então, deixar de aplicá-la quando for considerada inválida²⁷. Nesse momento, as concepções substancialistas seriam rechaçadas de plano, haja vista que a diretiva veda inclusive a analogia *in malam partem*²⁸. As formalistas, por seu turno, seriam apontadas como válidas, eis que são internalizadas pela norma regulativa que dispõe sobre o ato.

Desse raciocínio, surge o princípio da regulatividade a fim de vedar as normas constitutivas ou quase-constitutivas que, por serem características de direito penal máximo, apregoam a discriminação e a desigualdade²⁹. Por este aspecto, Ferrajoli comenta que no decorrer da história

[...] han cambiado, obviamente, los tipos y las técnicas constitutivas: no trata ya de la previsión directamente constitutiva de determinadas categorías de personas como desviadas (brujas, herejes, ju-díos, etc.), sino de la relevancia que las leyes cuasi-

²⁶ Ibid., p. 349-378.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades (Org.) *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 95-102.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades (Org.) *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 376.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 505-508.

constitutivas conceden a condiciones personales cuya comprobación queda confiada a normas constitutivas. Los tipos más importantes en los que se explicita este moderno paradigma cuasi-constitutivo son los de la ‘reincidencia’, el ‘vagabundo’ y la ‘peligrosidad’³⁰.

Da união dos axiomas da legalidade e da retributividade, tem-se o princípio da proporcionalidade, revelado pela máxima *poena debet commensurari delicto*. De acordo com o corolário, a resposta penal deve ser proporcional ao crime cometido, tanto na fase da predeterminação quanto nas fases da determinação e pós-determinação da pena.

Na predeterminação, o legislador deve guiar-se por critérios objetivos que propiciem a falseabilidade, como a lesividade e a culpabilidade da ação praticada, para que a pena cominada não seja onerosa ou tão mínima a ponto de não intimidar o indivíduo. Com relação à determinação da pena, cabe ao juiz analisar o caso concreto de acordo com as peculiaridades do ato, como a responsabilidade subjetiva e a extensão do dano, a fim de que a decisão seja fundamentada na sua verificabilidade. No que tange à pós-determinação, esta ocorre na execução da pena, com a autorização de benefícios ou imposição de gravames ao detento. Tal fase revela-se inquisitorial, uma vez que os procedimentos baseiam-se em uma avaliação de disciplina cujos parâmetros são contrários às regras que norteiam o convívio social³¹.

O princípio da necessidade ou da economia do direito penal possui uma íntima ligação com o princípio da proporcionalidade, eis que considera a certeza da punição, ainda que branda, um estímulo coercitivo mais eficaz do que previsão de severas penas. Para tanto, visa coibir a violência institucional por meio da minimização das penas e das normas, salvaguar-

³⁰ Ibid., p. 506-507.

³¹ Ibid., p. 399-340.

dando as garantias fundamentais do agente, pois “[...] un estado que mata, que tortura, que humilla a um ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes³²”.

A quarta equação garantista é o cerne do direito penal. Vinculada ao axioma retro, o princípio da lesividade afasta a incidência normativa e, por conseguinte, repressiva sobre a conduta interna do autor, determinando que somente lesões a bens jurídicos fundamentais sejam consignadas no texto penal³³. Por este viés, prima pela despenalização de contravenções, delitos bagatelares e de desobediência, deixando a cargo do direito penal somente as penas privativa de liberdade e resritiva de direitos, evitando etiquetamentos desnecessários.

Fundada na laicização do Estado, o princípio da materialidade firma-se na objetividade, devendo ser observado o nexu causal entre a ação externa e o resultado como pressuposto da pena. Desse modo, preconiza ao agente “[...] el derecho de ser uno mismo y a seguir siéndolo – esto es, el derecho a libertad interior y a la propia identidad, malvada, inmoral, o peligrosa³⁴”, revelando-se antigarantista a punição amparada na imaterialidade de preceitos como reincidência ou delinquência habitual³⁵.

Todavia, a exterioridade da ação lesiva não é suficiente, eis que a pena somente poderá ser aplicada se também for comprovada a responsabilidade subjetiva do agente imputável. Nesta esteira surge o princípio da culpabilidade que, por ser o axioma mais recente na história da civilização, ainda encontra problemas, pois além da culpabilidade não ser mensurável, alguns sistemas insistem em recobri-la de critérios ético-biológicos que propiciam o juízo de valor. Atento à questão, o

³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 396.

³³ *Ibid.*, p. 464-466.

³⁴ *Ibid.*, p. 484.

³⁵ *Ibid.*, p. 485-487.

mestre italiano propõe que a culpabilidade seja aferida pelo ato criminoso praticado, eis que no sistema garantista

[...] no tienen sitio ni la categoría peligrosidad ni cualquier otra tipología subjetiva o de autor elaboradas por la criminología antropológica o eticista, tales como la capacidad criminal, la reincidencia, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad³⁶.

Neste sentido, lamenta que as codificações penais ainda prevejam a reincidência, eis que tal instituto “[...] es un modo de ser más que un modo de actuar, que actúa, indebidamente, como un sustitutivo de la culpabilidad en el que queda expresada la actual subjetivización del derecho penal³⁷”, constituindo-se, desse modo, numa “[...] homenagem a la equivalencia premoderna entre delito y pecado [...]”³⁸.

Encerrada a breve abordagem acerca das garantias penais, passa-se às processuais, responsáveis pela instrumentalização do sistema garantista.

3.2 AS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

Considerando que o objetivo crucial do processo penal é o resguardo da liberdade negativa perseguida pela lesiva teia do sistema penal, Ferrajoli, com vistas a salvaguardar o aludido direito fundamental, insere em seu complexo sistema três axiomas, os quais são expressos pela *nulla culpa sine iudicio* (A7), pela *nullum iudicium sine accusatione* (A8), pela *nulla accusatio sine probatione* (A9) e pela *nulla probatio sine defensione* (A10)³⁹.

O princípio da jurisdiccionariade se divide nos sentido

³⁶ Ibid., p. 500.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 508.

³⁸ Ibid., p. 483.

³⁹ Ibid., p. 93.

lato e estrito. Enquanto o lato sustenta que não há “[...] culpa sin juicio (axioma 7)⁴⁰”, o estrito abrange todos os demais axiomas em prol do controle punitivo, primando pela presunção da inocência⁴¹.

Neste diapasão, o princípio da estrita jurisdiccionariade assenta que o julgador deve apreciar as provas de acusação e de defesa cunhadas em aspectos verificáveis, evitando assim, que a decisão seja motivada por resquícios inquisitoriais, pois conforme Ferrajoli

[...] el objetivo justificador del proceso penal se identifica con la garantía de las ‘libertades’ de los ciudadanos, a través de la garantía de la ‘verdad’ – una verdad no caída del cielo, sino obtenida mediante pruebas y refutaciones – frente al abuso y el error. Es precisamente esta doble función garantista la que confiere valor político e intelectual a la profesión del juez, exigiendo de él tolerancia para las razones controvertidas, atención y control sobre todas las hipótesis y las contrahipótesis en conflicto, imparcialidad frente a la contienda, prudencia, equilibrio, ponderación y duda como hábito profesional y como estilo intelectual⁴².

Por este viés, é manifesta a importância do princípio acusatório que, por assentar-se no contraditório e na imparcialidade do juiz, garante a isonomia entre as partes⁴³.

O princípio do ônus da prova, por seu turno, que corresponde à equação A9, determina à acusação a tarefa de comprovar a culpa do réu, mediante provas válidas que contenham critérios que possam ser contestados, eis que a inocência, pre-

⁴⁰ Ibid., p. 549.

⁴¹ Ibid., p. 549.

⁴² Ibid., p. 546.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 564.

ceito reitor de limitação das regras probatórias, é presumida⁴⁴, como assevera *in verbis*: “la culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa – y no la de la inocencia, que se presume desde el principio – la que forma el objeto de juicio⁴⁵”.

Desse modo, depreende-se que tal diretiva surge como ferramenta crucial no livre convencimento motivado do magistrado, visto que a fundamentação da decisão deve versar somente sobre provas a ele apresentadas, cristalizando, portanto, a incompatibilidade do ativismo probatório, seja ele subsidiário ou supletivo, com a *terzietà*⁴⁶. Por este viés,

La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzietà*) del juez respecto a las partes de la causa, que, [...], es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la ‘carga de la imputación y de la prueba’, que pesan sobre la acusación, [...] son las primeras garantías procesales del juicio⁴⁷.

Nesta linha, sustenta o italiano que a verdade real, por inalcançável, é uma *ingenuidad epistemológica* das doutrinas jurídicas. O processo penal deve guiar-se, portanto, pela verdade processual, a qual funciona como um princípio regulativo e limitador na jurisdição, consubstanciando-se num modelo formalista que, por sua vez, somente é efetivado com a observância das demais garantias⁴⁸.

Atendido o princípio supramencionado, advém o princípio do contraditório que constitui a essência do sistema acusatório. Ausente em modelos inquisitoriais, este último axioma

⁴⁴ Ibid., p. 610-612.

⁴⁵ Ibid., p. 549.

⁴⁶ Ibid., p. 580-612.

⁴⁷ Ibid., p. 567.

⁴⁸ Ibid., p. 45-51.

imprime uma tonalidade democrática ao sistema garantista, eis que ao assegurar à defesa a refutação da integralidade das provas condenatórias e dos argumentos explanados pela acusação, garante a paridade de armas, coibindo implicitamente o juízo de valor⁴⁹.

4 O PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO: O IMPLÍCITO PILAR DA AXIOLOGIA GARANTISTA

Partindo do pressuposto de que ao legislador é vedada a redação de normas maniqueístas, por propiciarem juízo de valor, observa-se que ao julgador, a consideração das mesmas e a apreciação de elementos subjetivos, que sequer podem ser comprovados ou refutados em virtude da imaterialidade e da não lesividade a qualquer bem jurídico tutelado pela norma, como a conduta interna do processado⁵⁰, restam proibidas, pois conforme magistério de Ferrajoli,

El juez [...] no debe someter a indagación el alma del imputado, ni debe emitir veredictos morales sobre su persona, sino sólo investigar sus comportamientos prohibidos. Y un ciudadano puede ser juzgado, antes de ser castigado, sólo por aquello que ha hecho, y no, como en el juicio moral por aquello que es⁵¹.

Por este viés, a teoria garantista traz a lume o princípio da secularização que, embora não esteja explicitado dentre seus axiomas, traduz-se no postulado fundamental de uma sociedade pluralista, na qual as leis devem ser elaboradas e aplicadas sob os prismas da tolerância, da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana, sendo inadmitida a punição de “[...] meros estados de ânimo pervertido, condições pessoais ou

⁴⁹ Ibid., p. 613-614.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.p. 610-612.

⁵¹ Ibid., p. 223.

comportamentos imorais, perigosos ou hostis [...]”⁵², eis que esses quesitos internos não integram as cláusulas do pacto social.

Desse modo, depreende-se que a essência secularizadora teve seu berço no ideal iluminista, no qual os dogmas religiosos e o ranço inquisitorial deram espaço à laicização do Estado que se comprometeu a perseguir somente ações ou omissões proibidas em busca da racionalização do controle.

Cumprе ressaltar que na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* o princípio da secularização é ratificado, quando dispõe sobre o gozo de direitos e liberdades “[...] sem distinção de qualquer espécie [...] ou qualquer outra condição”⁵³.

Por fim, relembra Carvalho⁵⁴ que tal princípio também está contemplado na Carta Magna vigente através da combinação dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e da manifestação do pensamento, da liberdade de consciência e de crença, da inviolabilidade do direito à intimidade e da vida privada, bem como da liberdade à convicção política ou filosófica⁵⁵, configurando-se como mecanismo crucial na limitação do arbítrio punitivo estatal.

5 A REDEFINIÇÃO GARANTISTA DOS PLANOS DAS TEORIAS DO DIREITO, DO ESTADO E DA POLÍTICA E SUA VINCULAÇÃO COM A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

No intuito de salvaguardar os direitos fundamentais e a democracia substancial, a teoria garantista propõe uma redefi-

⁵² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 29.

⁵³ Artigo II da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 174.

⁵⁵ Art. 5º, *caput* e incisos IV, VI, VII, IX e X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

nição dos planos que repercutem na esfera penal, representados pelos planos da teoria do direito, da teoria do Estado e, por fim, da teoria política⁵⁶.

Desse modo, enquanto o primeiro centra-se na perspectiva interna do Direito, preconizando por um modelo estritamente normativo em que a revisão crítica da dicotomia entre vigência e validade revela-se imprescindível⁵⁷, observa-se que a segunda, ao preceituar por um governo *sub lege e per lege*⁵⁸, determina que a simples indicação de *quem deve e como deve decidir*, própria de um sistema de democracia política, é incapaz de legitimar o conteúdo de uma norma ou decisão. Neste sentido, para que essas sejam consideradas válidas, há de se observar *regras sobre o que se deve decidir ou não*, pois numa democracia substancial, não pode a maioria suprimir, decidir e sequer omitir direitos de uma minoria⁵⁹.

Diante disso, uma vez explanadas breves linhas sobre o câmbio proposto nos planos das teorias do direito e do Estado, resta apresentar alguns apontamentos acerca da redefinição da teoria política também preconizada.

Nessa linha, sob o escoro da crucial orientação da democracia substancial, a nova concepção da teoria política por Ferrajoli sustentada consiste em uma *filosofia* externa e ilustrada do papel do Estado, o qual, ao invés de converter-se num Estado-fim, prevalente sobre o indivíduo, deve ser comprometido com o resguardo e efetividade dos direitos fundamentais a fim de consubstanciar um verdadeiro Estado-instrumento em que a famosa equação do “Estado Liberal mínimo e Estado Social

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. 3. ed. rev., mod. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 23; CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 96.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 851-853.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 855-856.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 853-859.

máximo” deve encontrar concretude na minimização da seara punitiva estatal e na maximização dos direitos do cidadão⁶⁰.

Por todos estes aspectos, conclui Ferrajoli que a Teoria do Garantismo Penal representa

[...] sin duda, la mayor conquista jurídica del siglo: una suerte de segunda revolución que cambia, junto con la estructura del derecho, el papel de la Ciencia jurídica, el de la Jurisdicción, la naturaleza de la Política y la propia calidad de la Democracia. [...] Como consecuencia de ello, en el Estado constitucional de Derecho, el legislador ya no es omnipotente: las leyes no sólo serán válidas por su procedimiento de creación, sino por ser coherentes con los principios constitucionales. Y también dejaría de ser omnipotente la Política: también ella y la legislación («que es su producto»), quedarán subordinadas al derecho. El cambio es total: «ya no será el Derecho el que pueda ser concebido como instrumento de la política, sino que la política ha de ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho»⁶¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, observa-se que a Teoria do Garantismo Penal, delineada sob os postulados da democracia substancial, em nada se confunde com as matizes defendidas pelo abolicionismo penal, pois enquanto este nega a legitimidade do direito penal, aquele o admite, desde que em consonância com as garantias penais e processuais penais por ele contempladas.

⁶⁰ Ibid., p. 860-865.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho. *Crimen y Castigo. Cuaderno del departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho - UBA*, año 1, n.º 1, ed. Depalma, Buenos Aires agosto de 2001. p. 27.

A par disso, explanou-se nas supracitadas páginas a axiologia de Luigi Ferrajoli, a qual invoca a responsabilidade do legislador e do julgador, sendo que ao primeiro é vedada a redação de normas maniqueístas e arbitrárias por propiciarem juízo de valor, enquanto ao segundo é defeso a consideração de normas alicerçadas em critérios subjetivos por impedirem a falseabilidade.

Ilustrou-se ainda, que o sistema garantista, como instrumento de intervenção mínima, pautado na redefinição das teorias do direito, do Estado e da política, propõe-se a conferir ao Direito Penal um modelo racional, opondo-se às políticas criminais expansionistas e extremistas, que recaem mormente sobre aqueles que se encontram à margem da sociedade.

Ademais, considerando que o objetivo crucial do processo penal é o resguardo da liberdade dos cidadãos alcançados pela teia do sistema penal, não deve o juiz, em sua nobre função de salvaguarda dos direitos fundamentais, ser reduzido a um mero aplicador da lei vigente, pois é cediço que, em meio aos interesses escusos ou de clamor público que no decorrer da história sempre permearam as legislações, a positivação de um instituto não significa, propriamente, que ele esteja conforme os valores fundamentais, aos quais é subordinado.

Porém, o aludido raciocínio parece não encontrar guarida na prática, pois o que se vê é um amontoado de decisões judiciais extremamente calcadas no legalismo infraconstitucional, de modo a cristalizar uma verdadeira aberração aos valores contidos no texto fundamental. Com efeito, Schier comenta que esse é um dos grandes problemas atuais, pois “de nada vale qualquer concepção emancipatória se continuarem os juízes a aplicar leis do século passado com a cabeça do século passado⁶²”, negando a força normativa da Constituição. Neste sentido, como bem ponderou Ferrajoli, “quizá la verdadera utopía

⁶² SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 62.

no es hoy la alternativa al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; no el abolicionismo, sino el garantismo, de hecho inevitablemente parcial e imperfecto⁶³...

Nessas circunstâncias, resta evidente a premente necessidade de uma significativa mudança desta (ir)racionalidade inquisitorial, pois do contrário, apenas permaneceremos mudando a violência de lugar, retirando-a das ruas para perpetrá-la no sistema jurídico.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Débora de Souza de. *Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 342.

- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.
- _____. Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho. *Crimen y Castigo. Cuaderno del departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho - UBA*, año 1, n.º 1, ed. Depalma, Buenos Aires agosto de 2001. pp.17-31.
- _____. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.) *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.
- MATHIESEN, Thomas. *The politics of abolition*. London: Martin Robertson, 1974.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. A Jurisdição Constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: breve balanço crítico nos quinze anos da Constituição Brasileira. In: (RÚBIO, Davi Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (org). *Direitos Humanos e globalização*. [recurso eletrônico] Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. pp.341-473.
- _____. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. 3. ed. rev., mod. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.