

1 INTRODUÇÃO

A teoria do garantismo e sua aplicação são objeto de estudos aprofundados, não só explorando as pioneiras colocações de Luigi Ferrajoli, mas também questionando e contrapondo suas construções teóricas.

Dessa forma, em breve consulta na doutrina nacional e internacional acerca da temática, verifica-se que o garantismo penal se multiplicou e, por vezes, transformou-se em construções diversas da que o autor originário propôs. Diversos são os trabalhos que buscam se contra argumentar e se criticar, no sentido de desvirtuação da teoria.

Importante observação a ser consignada é de que Luigi Ferrajoli não só alterou a estrutura teórica e de fundamentação nos campos do direito penal e processual penal, mas também propôs uma teoria no âmbito de teoria do Estado e da Democracia

Com essas considerações iniciais, o objetivo geral do presente trabalho é manter razoável profundidade no que atine aos conceitos e significados de garantismo penal, com foco e concentração nos aspectos processuais penais.

Contudo, tem-se como objetivo específico explorar a teoria construída por Ferrajoli, de modo a arquitetar o trabalho sem excessivas alterações, desconstruções e reinterpretção das ideias propostas pelo autor, para que os conceitos básicos sejam fielmente explorados.

Para atingir os objetivos propostos, adotar-se-á o método de revisão documental e bibliográfica da obra *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, de Luigi Ferrajoli, bem como entrelaçando e mantendo concatenação resumida das principais ideias com outros doutrinadores de referência acerca da matéria.

2 GARANTIAS CRIMINAIS

2.1 AXIOMAS GARANTISTAS E PRINCÍPIOS CORRELATOS

A formulação de princípios penais e processuais penais na forma de axiomas que representam regras e limites ao poder punitivo estatal é uma das características marcantes da doutrina do garantismo penal proposta por Luigi Ferrajoli. Na forma esquemática de estabelecer parâmetros de individualização de modelos de sistemas punitivos democráticos ou inquisitivos, o autor elenca 10 (dez) axiomas na forma de condições e ligados entre si.

Para Ferrajoli, os axiomas garantistas são proposições prescritivas, pois enunciam o que deve ocorrer e condições que o sistema deve satisfazer em adesão aos seus

princípios normativos internos ou parâmetros de justificação externa. Não se trata, dessa forma, de proposições assertivas, pois essas têm a característica de descrever o que ocorre e o que um sistema penal efetivamente satisfaz. Noutras palavras, pode-se dizer que o sistema garantista é um ideal, servindo como norte dos sistemas punitivos em evolução.

Ainda, como propõe Salo de Carvalho, o modelo garantista tem o intuito de viabilizar um paradigma de racionalidade do sistema jurídico, criando esquemas tipológicos fundamentados no grau máximo de tutela dos direitos e na credibilidade do juízo e da legislação, desde que se mantenha em vista o propósito de limitar o poder punitivo (CARVALHO, 2008, p. 82).

Axiomas, conforme o vernáculo, são proposições que não exigem demonstração. Ainda, a ideia de axioma é derivada do modelo normativo, e não empírico, proposto por Ferrajoli; são refutáveis normativamente e podem não ser evidentes:

A adoção destes modelos, começando pelo garantista no grau máximo, pressupõe, assim, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados. Isso não impede o caráter descritivo e não normativo de sua análise teórica e, sobretudo, de seu uso - como se realizará no curso deste livro - para interpretar e explicar os princípios de justificação política e de convalidação jurídica dos diversos sistemas penais concretos, além das separações, inevitavelmente conectadas ao seu caráter normativo, entre justiça, validade e efetividade penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 75)

No extremo democrático se situa o sistema no qual o autor denomina Sistema Garantista (SG), que engloba e serve obediência a todos os axiomas propostos. Disso se pode verificar que o sistema garantista é uma implicação da união de todas as proposições descritivas que estruturam o direito penal e processual penal democrático ou de estrita legalidade. Na outra extremidade do cenário, tem-se a apresentação da tipologia do sistema punitivo inquisitório, no qual há a inexistência ou existência mínima de quaisquer das garantias penais e processuais penais elencadas. No ínterim, caminho ou meio entre esses extremos, estão sistemas punitivos com ausência de um ou outro axioma, configurando sistemas punitivos próprios e graduais, abaixo explicados em detalhes

Tais sistemas ganharam relevo e aplicação prática na era medieval e inquisitiva, de modo que muitas de suas práticas receberam novos contornos e interpretações, sendo inseridas nos ordenamentos jurídicos hodiernos.

Os axiomas ou, nas palavras do autor, princípios axiológicos fundamentais são representados por máximas latinas, sendo: 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*

judicio; A8 *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*, as quais expressam os seguintes princípios:

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 exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionabilidade, 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, 2002, p. 75)

As proposições axiomáticas agora transmutadas na forma de princípios penais e processuais penais formam as regras do jogo fundamental (FERRAJOLI, 2002, p. 75) e houve sua separação em blocos de acordo com a seara principiológica dentro do sistema de persecução penal.

Dessa forma, tem-se que os princípios da retributividade, da legalidade e da necessidade são relacionados à pena; os princípios da lesividade, materialidade e culpabilidade são relacionados ao delito; e, por fim, os princípios da jurisdicionalidade, acusatório, ônus da prova e contraditório ou defesa, referem-se ao processo.

Ressalta-se importante anotação quanto ao princípio da legalidade. O autor relembra que o axioma da mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito, enquanto o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal. Graças ao primeiro, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada (FERRAJOLI, 2002, p. 76).

A diferença, portanto, é estrutural, e não somente conceitual ou de nomenclatura. Inclusive sua aplicabilidade prática proporciona diferentes abordagens:

O princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados. (FERRAJOLI, 2002, p. 76).

O sistema, portanto, de acordo com a maior ou menor correspondência com a principiológica garantista caracteriza modelos minimalistas ou maximalistas, quanto à elaboração normativa; acusatórios ou inquisitivos, quanto ao juízo; e garantistas ou pedagógicos, quanto à fundamentação e execução da pena (CARVALHO, 2008, p. 84).

Não se considere, por outro lado, “o garantismo como solução teórica definitiva e flexível o bastante para solucionar certas tensões surgidas da dicotomia práxis x teoria” (CHOUKR, 2002, p. 50).

2.2 MODELOS DE SISTEMAS PUNITIVOS

Conforme esboçado alhures, no extremo democrático de sistemas punitivos, o autor denomina Sistema Garantista (SG) aquele que engloba e contempla todos axiomas propostos. Então, o SG unifica as proposições descritivas que estruturam o direito penal e processual penal democrático ou de estrita legalidade.

Em contrapartida, também há a tipologia do Sistema Inquisitório (SI), no qual há a inexistência ou existência parcial das garantias penais e processuais penais elencadas. No intervalo entre os polos, propõem-se sistemas punitivos com ausência de um ou outro axioma, configurando sistemas punitivos próprios e graduais.

Importa, *ab initio*, destacar que cada garantia ou axioma é chamada de A, numerada de 1 a 9, e o resultado da conjectura teórica de criação desse ordenamento punitivo sem determinado axioma, resultará no que o autor chama de sistema S, com também a respectiva numeração de acordo, em 1 a 9.

Trazendo um esquema geral para, em momento posterior, alongar a explicação, pode-se estruturar da seguinte forma os sistemas punitivos propostos por Ferrajoli, em autoritarismo crescente e garantismo decrescente (FERRAJOLI, 2002, p. 78):

Modelos de processo penal autoritário: Sistema S1: sem prova e sem defesa (ausência dos axiomas 10 e 9 e dos princípios do ônus da prova e do contraditório ou da defesa); e Sistema S2: sem acusação separada (ausência do axioma 8 e ausência do princípio acusatório).

Modelos de direito penal autoritário: Sistema S3: sem culpabilidade (ausência do axioma 6 e ausência da intenção do princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal); Sistema S4: sem ação (ausência do axioma 5 e ausência do princípio da materialidade ou exterioridade da ação); Sistema S5: sem ofensa (ausência do axioma 6 e ausência do princípio da lesividade ou ofensividade do evento); e Sistema S6: sem necessidade (ausência do axioma 3 e do princípio da necessidade ou da economia do direito penal).

Modelos punitivos irracionais: Sistema S7: sem delito (ausência do axioma 1 e do princípio da retributividade); Sistema S8: sem juízo (ausência do axioma 7 e do princípio

da jurisdicionariedade); e Sistema S9: sem lei (ausência do axioma 2 e do princípio da legalidade). (FERRAJOLI, 2002, p. 81)

2.3 GRADUAÇÃO DOS SISTEMAS PUNITIVOS

Esboçada a separação dos blocos de sistemas punitivo em relação à garantia expressada (direito material ou processual), bem como a respectiva consequência da ausência do axioma, passa-se a delinear os contornos intrínsecos a cada sistema, nos moldes propostos por Ferrajoli.

O sistema S1, também chamado de sistema de mera legalidade, deriva da subtração dos princípios do ônus da prova e do direito de defesa. Nesse sistema punitivo, a acusação e defesa são somente argumentáveis, mas não verificáveis e contestáveis. Tal fenômeno ocorre sobretudo em crimes com tipos penais abertos, de modo que a interpretação não permite falar, nem sequer em sentido aproximativo, de verificação jurídica, consistindo de opções e de juízos de valor.

O sistema S2, configurador do método inquisitivo, deriva da subtração do princípio acusatório e, por consequência, da imparcialidade do juiz e da separação da acusação. Nesse sistema, a mistura entre órgão acusatório e juiz competente compromete diversas outras garantias, vez que obstaculiza a obrigação de provar e a possibilidade de contraditar as imputações. Dessa forma, também serão colocados em xeque a publicidade e a oralidade do processo.

O sistema S3, caracterizado como objetivista, resulta da remoção do princípio da culpabilidade, que representa a intencionalidade da prática delitiva, o que marca os sistemas penais primitivos. Ademais, essa responsabilidade penal objetiva, que independe da intenção do agente no seu modo de agir, debilita outras garantias como o ônus de verificação empírica dos nexos de causalidade e da imputação, bem como as garantias em matéria de prova e de defesa.

O sistema S4, sendo um dos taxados de subjetivistas (junto com o sistema S5), é marcado pela ausência de ação (aqui compreendida como comissão e omissão). Tal pressuposto resulta na criação de figuras penais delitivas focadas na personalidade do desviado e reprimem atitudes e situações subjetivas de imoralidade, perigosidade e hostilidade ao ordenamento, independente de exteriorização delituosa concreta.

O sistema S5, também subjetivista, resulta da supressão do princípio da lesividade do fato. A consequência dessa formulação se equipara ao resultado proposto no Sistema

S4, o que vai de encontro aos princípios liberais do utilitarismo penal e da separação de direito e moral. Merece destaque a anotação de Ferrajoli no sentido de que essa violação também pode ocorrer pela via judicial, e não apenas a legal, nos casos de abuso jurisprudencial, nas macroinstituições contra a criminalidade organizada, no concurso moral e do delito associativo, consideradas às vezes, na falta de fato específico, com base nos antecedentes dos acusados ou pela colocação ou identidade social e política.

O sistema S6, caracterizado por vexatório, trata da ausência do princípio da necessidade ou da economia do direito penal. Esse princípio é um critério de política criminal e sua satisfação está condicionada às demais garantias, não lhe sendo condicionantes.

O sistema S7, denominado de mera prevenção, marca-se pela ausência do princípio da retributividade e igualmente é subjetivista, face o foco da punição ser no autor ou no indivíduo e não no objetivo fato praticável. Assim, a punição assume caráter ostensivo de prevenção ao desvio.

O sistema S8, caracterizado por marcar um Estado Policial, correspondido pela ausência do princípio da jurisdicionariedade, ressalta-se pela existência de leis em branco, as quais permitem intervenções punitivas livres de qualquer vínculo, inclusive o do juízo prévio.

O sistema S9, denominado Justiça Patriarcal, deriva da supressão do princípio da legalidade, que exige prévia lei para cominar crimes. Não há, dessa forma, nenhuma vinculação a critério pré estabelecido, nem de fato ou de direito, mas sim somente à vontade dos príncipes.

3 PRESSUPOSTOS DO GARANTISMO PROCESSUAL

3.1 SUBMISSÃO À JURISDIÇÃO E LEGALIDADE

No que atine ao processo penal, o Sistema Garantista (SG) evoca os seguintes princípios como basilares: presunção de inocência até prova em contrário, separação entre juiz e acusação, ônus acusatório da prova e o direito do acusado à defesa. Importante, ainda, lembrar que a garantia processual da submissão à jurisdição é pressuposto de todas as outras.

Essas garantias processuais também são chamadas de ‘instrumentais’, pois estão estreitamente relacionadas com as garantias penais ou ‘substanciais’. Ferrajoli aduz que as garantias penais e processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como

garantia recíproca de efetividade (FERRAJOLI, 2002, p. 432). Em outras palavras, há correlação funcional, pois as garantias penais são necessárias a garantir juízos não arbitrários: suprimindo-as, os juízos penais seriam desvinculados de limites preestabelecidos por lei e resultariam ao livre arbítrio do poder.

Para Ferrajoli, o pressuposto principiológico das garantias processuais penais, a submissão à jurisdição, pode ser bi classificado em sentido estrito e sentido lato, de forma que aquele corresponde à exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais e este, por sua vez, é a exigência das garantias processuais ou instrumentais.

Nos exatos termos:

Precisamente, enquanto o princípio de legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faída) àquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão "judiciário", ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões em oposição. (FERRAJOLI, 2002, p. 433)

Portanto, pode-se dizer que o pressuposto de submissão à jurisdição como antecessor lógico das demais garantias processuais corresponde para o processo penal o mesmo que o princípio da legalidade corresponde para o direito penal

Ferrajoli destaca que enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é exigida em qualquer tipo de processo, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe a forma acusatória de processo. A dicotomia já explicada corresponde à diferença entre cognitivismo e decisionismo: "submissão à jurisdição estrita" tem significado mais restrito que "processo acusatório", enquanto "submissão à jurisdição lata" tem significado mais extenso que "processo inquisitório".

3.2 GARANTISMO, SUBSTANCIALISMO E ATUAÇÃO JUDICIAL

A importância dada entre os nexos acima delineados acerca dos sistemas de garantias penais e processuais penais corresponde ao que se esboça entre garantismo e substancialismo. Para Ferrajoli, o modelo de processo penal garantista ou de estrita submissão à jurisdição também pode ser chamado de 'cognitivo' e o substancialista ou de mera submissão à jurisdição de 'decisionista' (FERRAJOLI, 2002, p. 434).

Ambos os modelos partem de premissas diversas acerca do que é delito e acerca de quem é o réu e, por isso, suas formas de entender a formalização da prova e o modo procedimental de julgamento promovem ideias distintas.

Em miúdos, para o substancialismo, o modelo decisionista de processo penal é voltado à busca da verdade ética ou política que vai além da prova, visto que ‘é réu quem é inimigo do povo’ e ‘é delito qualquer ato hostil ao Estado’. Tal modelo encontra coerência e respaldo dentro de um sistema que se denomina de direito penal máximo, cuja conceituação se delineará abaixo.

Por outro lado, para o modelo cognitivo de processo penal, na qual há valoração, verificação e falsificação empírica das hipóteses acusatórias, há um critério convencionalista orientado pela taxatividade penal na formulação dos tipos penais. Nesses termos, trata-se de um modelo que encontra justificação e corresponde ao direito penal mínimo.

Essa diferenciação teórica e doutrinária traz consequências díspares. No modelo cognitivo:

(...) 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 julgante 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. (...) os atos jurisdicionais (...) constituem-se na verdade de proposições assertivas, suscetíveis de verificações e refutações, e de proposições prescritivas, por aquelas "justificadas", "legitimadas" ou "motivadas". (FERRAJOLI, 2002, p. 435).

De outra banda, no processo de tipo decisionista, o princípio de legitimação é constituído primordialmente por juízos de valor. Por essa razão que o decisionismo é próprio do método inquisitório, onde o órgão julgante busca a verdade substancial, sobretudo com critérios discricionários; a atividade instrutória pode ser secreta, com foco na decisão e esquecendo a controlabilidade; o papel da defesa é irrelevante ou entendido como um obstáculo; e o objeto do processo é a personalidade criminosa do réu. (FERRAJOLI, 2002, p. 435).

A legitimação política dos pronunciamentos judiciais, bem como os conceitos de valor de verdade e validade jurídica são abordagens que o autor discorre dentro do garantismo penal. Precisamente, Ferrajoli esclarece que a atividade jurisdicional do Estado tem “como justificação necessária uma *motivação* no todo ou em parte cognitiva”

(FERRAJOLI, 2002, p. 436). Dela se diferem as leis, regulamentos, provimentos administrativos e negócios privados, os quais são prescritivos, ou seja, não são cognitivamente fundados ou infundados, bem como não são verdadeiros ou falsos.

Dessa forma, para Ferrajoli, a atividade jurisdicional possui como *legitimidade interna* a condição normativa pela existência e pelo valor de suas motivações, ou seja, pelas asserções que não dependem juridicamente de qualquer ato (lei, negócio privado ou provimento administrativo). Isso pois as asserções e seus valores são a verdade e as sentenças são os únicos atos normativos cuja validade se funda na verdade.

O autor explica que:

Diversamente de todas as outras normas e atos jurídicos, cuja condição única de validade é a observância das normas superiores, a legitimidade dos atos jurisdicionais penais, portanto, está condicionada também pela sua verdade processual no sentido já ilustrado de "correspondência aproximativa". Melhor dizendo, está condicionada pela verdade ou credibilidade, fática ou jurídica, dos discursos assertivos que formam sua motivação. (FERRAJOLI, 2002, p. 437)

Ainda tratando da legitimidade do provimento jurisdicional, a vinculação à legitimidade externa do Poder Judiciário diz respeito à forma legal e racional, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo da qualificação jurídica, não se admitindo legitimação representativa ou consensual, própria dos outros poderes públicos. Em outras palavras, não é lícito prender alguém com fundamento no interesse da maioria ou satisfação da parcela majoritária da sociedade.

Então, no sistema penal garantista, para Ferrajoli, o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não corrobora a legitimidade da jurisdição, tendo em vista que nenhum princípio de autoridade pode tornar verdadeiro o que é falso.

Encaminhando-se ao desiderato dessa temática, importante construção teórica acerca da irreduzível margem de ilegitimidade política da função judiciária e as formas correcionais dessa constatação são desenvolvidas por Ferrajoli, no sentido de que se parte de base a atividade jurisdicional é potestativa e, por isso, carente de legitimação garantista. Noutras palavras, a carência de legitimação racional do poder judiciário é inevitável e se configura como um resíduo do absolutismo, por ser politicamente ilegítima.

Ferrajoli, noutra obra, cuja temática principal abordava a crise no direito, faz uma importante observação que recai com maestria dentro da construção aqui apresentada:

Naturalmente uma tal estrutura do Estado Constitucional de Direito está destinada, pela sua natureza, a um grau mais ou menos elevado de ineficácia:

devido à possível incoerência provocada por normas inválidas contraditórias com proibições impostas por normas superiores à esfera do decidível ou, ao contrário, devido à possível falta de plenitude, provocada pela não-produção de normas ou decisões impostas à mesma esfera. São estes os dois possíveis vícios do ordenamento: as antinomias e as lacunas, determinadas respectivamente, em virtude da sua diversa estrutura, pelos direitos de liberdade, que consistem em expectativas negativas a que correspondem limites negativos, e pelos direitos sociais, que, pelo contrário, consistem em expectativas positivas a que correspondem vinculas positivos para os poderes públicos.

Dessa constatação irremediável, Ferrajoli concebe corretivos para redução dessa margem: referência aos valores constitucionais (do princípio da liberdade ao princípio da proteção do sujeito mais fraco; princípio do *favor rei* e seu semelhante do *in dubio pro reo*); exposição de todas atividades jurisdicionais ao controle público mediante máxima publicidade; constante exercício, em sede científica e política, da crítica das desviações judiciárias.

4 GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

4.1 A LIBERDADE COMO OBRIGAÇÃO CAUTELAR

A opção garantista a favor da tutela de imunidade dos inocentes, para Ferrajoli, é representada pelo princípio da presunção de inocência, mesmo que custe o preço da impunidade de algum culpado. Esse princípio, em linhas gerais, postula que o cidadão é inocente até que haja prova contrária decretada por sentença definitiva de condenação. Citando Luigi Lucchini, Ferrajoli bem lembra que esse princípio encerra com o fim racional consignado ao processo (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Em outra abordagem dessa principiologia, Ferrajoli bem explica que os direitos dos cidadãos também são ameaçados por penas arbitrárias, não somente por delitos. Diante disso, a presunção de inocência é também uma garantia de segurança ou de defesa social, expressada pela confiança dos cidadãos na justiça e na defesa destes contra o arbítrio punitivo.

A presunção de inocência é também um postulado político da experiência moderna e do pensamento iluminista, fruto de um período no qual se criticou o instituto da custódia cautelar e se defendeu que a regra deveria ser responder ao processo em liberdade. (GIAMBERDINO, 2008, p. 59)

Interessante e coerente com a argumentação relacionada ao cárcere, Larrauri aduz que:

Es imposible demostrar que la pena privativa de libertad cumpla su función de prevenir delitos. La justificación preventiva del castigo asume la imagen de una persona motivada fundamentalmente por el temor, en vez de la imagen de una persona motivada por numerosos factores y donde la pena aporta argumentos en favor de la no realización del delito. Consecuencia de esta imagen, da excesiva importancia al mecanismo de la pena para influir en el comportamiento humano. (LARRAURI, 1998, p. 57)

As facetas da não culpabilidade ou presunção de inocência, em suma explicação, são relacionadas às regras de tratamento do processado, a qual reduz ao máximo possível a limitação de liberdade pessoal, e às regras de juízo, que, por sua vez, confere o ônus probatório à acusação, bem como a absolvição em caso de dúvida.

Dentre os contrários à presunção de inocência dentro da criminologia, Ferrajoli cita a Escola Positivista Italiana, encabeçada por Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, os quais pregavam, o primeiro pela prisão obrigatória e generalizada para crimes graves e o segundo aderindo a modelos de justiça sumária e substancial além das provas e culpabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 442).

Concretamente, esse princípio põe em questionamento o instituto processual da prisão preventiva, visando a sua redução máxima ou até extinção. Tratada como uma medida cautelar de restrição da liberdade pessoal enquanto se tramita a persecução penal, essa medida jurídica ganhou relevo nos processos inquisitórios, sobretudo quando o objetivo é obter a confissão do acusado. Sua estigmatização foi ressaltada na fase iluminista, quando se reafirmou o postulado do processo acusatório.

São críticos da prisão preventiva, citados por Ferrajoli, diversos filósofos, criminólogos e juristas, cada qual com seu argumento crítico. Dentre eles, Hobbes, Beccaria, Voltaire, Diderot, Filangieri, Condorcet, Pagano, Bentham, Constant, Lauzé Di Peret e Carrara, que enfatizaram a imoralidade e barbárie da prisão preventiva. Contudo, em que pese as condenações jurídicas e morais dadas pelos doutrinadores já nominados, a extinção do instituto processual da prisão preventiva não foi coerentemente arguida, como se tal medida fosse necessária, ainda que injusta (FERRAJOLI, 2002, p. 443).

É nesse ponto que Ferrajoli centraliza sua base argumentativa contrária à existência da prisão preventiva, isto é, trazendo um caminho jurídico alternativo (para além da ‘injustiça necessária’ trazida por Carrara) que é apenas ser produto de uma concepção inquisitória de processo, que deseja ver o imputado em posição inferior em contraste com o órgão acusatório. Assim, prossegue o autor:

Essa pergunta deve ser enfrentada antes de tudo do ponto de vista externo, prescindindo-se do que diz a Constituição, e portanto sem submeter-se à falácia, até agora habitual em nossa cultura jurídica, segundo a qual aquilo que

por hipótese a Constituição permite é justo e incontestável. E deve ser enfrentada, em segundo lugar, do ponto de vista interno ou constitucional, comparando a custódia preventiva não somente com a presunção de não culpabilidade, mas também com o conjunto das outras garantias penais e processuais estabelecidas pela constituição e diretamente ou indiretamente por ela violadas. (FERRAJOLI, 2002, p. 446)

Enfrentando diretamente os pressupostos mormente utilizados para decretação da prisão preventiva, quais sejam, perigo presumido do imputado, risco de deterioração das provas e perigo de fuga do acusado, Ferrajoli constrói argumentação desconstrutiva dessas necessidades da medida cautelar, para, ao final, propor a substituição do ato por uma mera condução coercitiva do imputado à presença do juiz para interrogação em audiência preliminar ou incidente probatório, realizando as primeiras averiguações sobre suas justificativas. Após o ato, a imediata liberdade do imputado é a justa medida.

Sumariamente, é a construção acerca do instituto que Ferrajoli propõe para o Sistema Garantista.

4.2 ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO

Processos de tipo acusatório e de tipo inquisitório são, antes de mais nada, modelos opostos de organização judiciária e, por isso, exigem figuras distintas de juízes; além disso, denotam métodos contrapostos de investigação processual. As figuras históricas desses tipos processuais, como lembra Ferrajoli, na experiência prática, nunca apareceram em estado puro, mas sempre misturados a outros não logicamente ou axiologicamente necessários.

Ainda, Geraldo Prado faz a diferenciação entre sistema acusatório e princípio acusatório, referindo que o sistema acusatório “compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: *acusatório*”. (PRADO, 2001, p. 125).

Diante dessas premissas, Ferrajoli divide conceitualmente os modelos da seguinte forma:

Justamente, pode-se chamar acusatório todo 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, 2002, p. 452)

Nesse aspecto, pode-se perceber que a garantia da separação traz duas representações diversas: uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, bem como um pressuposto do ônus acusatório da contestação e da prova.

Outro apontamento necessário dentro do processo acusatório é sua ausência de nexos ou vinculação com a discricionariedade da ação penal, em que pese ambos estejam intrinsecamente ligados nos sistemas penais antigos e hodiernos. Em sentido contrário, o modelo teórico acusatório, para Ferrajoli, necessariamente comporta o princípio oposto da obrigatoriedade e irrevogabilidade da ação penal por parte dos acusadores públicos.

O aspecto da obrigatoriedade da ação penal é uma das características estruturais do Sistema Garantista, do qual outras consequências se extraem: primeiro, a legalidade; segundo, da indisponibilidade de poder absolutório por órgãos de acusação; e, terceiro, da igualdade penal. Em suma, o primeiro impõe à função judiciária a sujeição à lei e exclui impulsos arbitrários e potestativos; o segundo previne o valor dirimente da confissão e impede transações, aceitações ou renúncias entre as partes; e, por fim, o terceiro impede disparidade de tratamentos dos crimes propiciada por opções potestativas sobre a oportunidade do processo (FERRAJOLI, 2002, p. 457).

Os órgãos de acusação, dentro dessa linha de raciocínio construída por Ferrajoli, devem se situar fora do poder judiciário, legislativo e executivo, ou seja, em razão da obrigatoriedade da ação penal, bem como da sua sujeição somente à lei, há total autonomia do poder inquiridor em relação a qualquer poder ou condicionamento, corroborada por uma polícia especializada e blindada pelas ingerências de qualquer poder.

Quanto às condições de proceder ao processo penal, Ferrajoli as distingue em condições objetivas e subjetivas, de modo que aquelas se situam em relação à natureza do crime e essas em relação à pessoa do investigado.

Em resumo, no Sistema Garantista, no que se refere às condições subjetivas, o valor da igualdade dos cidadãos e o princípio da não derrogação do juízo excluem a legitimidade de todas as condições subjetivas de proceder, ou seja, qualquer forma de imunidade a favor de sujeitos privilegiados (FERRAJOLI, 2002, p. 458).

O mesmo não ocorre com as condições objetivas, as quais minimizam a atuação do direito penal e, por isso, devem ser mantidas, tais como a queixa, a autorização do Ministro da Justiça para crimes contra personalidade do Estado, a requisição ministerial ou representação da parte ofendida quando crimes no estrangeiro.

Interessante sugestão dada por Ferrajoli na sua construção teórica nos contornos do direito penal mínimo é em relação à formação da ação penal conforme alguns tipos de crimes: nos crimes com direito disponível envolvido (patrimônio), deve-se proceder mediante queixa, diferente do que ocorre com direito indisponível (integridade física), o que ocorre inversamente no ordenamento pátrio jurídico. Ademais, crimes sexuais também deveriam ser procedidos mediante queixa, uma vez que, mesmo que se trate de bem indisponível, assim se protege a autonomia da parte ofendida e expor a vítima à segunda violência pelo processo (FERRAJOLI, 2002, p. 459).

4.3 ÔNUS ACUSATÓRIO *PROBANDI*

As funções do direito penal, conforme aponta Ferrajoli, são a punição de culpados e a proteção de inocentes. Para tanto, mas sobretudo em relação a segunda função apontada, constroem-se as garantias processuais. A partir dessa premissa, verifica que os processos inquisitórios e acusatórios se distinguem em realidades contrastantes: enquanto o inquisitório dedica seu esforço primordialmente na punição do culpado, o acusatório alimenta seu esforço com foco de proteger os inocentes. Ademais:

Enquanto o método inquisitório exprime uma confiança tendencialmente ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar o verdadeiro, o método acusatório se caracteriza por uma confiança do mesmo modo ilimitada no poder como autônoma fonte de verdade. Disso deriva que o primeiro confia não só a verdade, mas, também, a tutela do inocente às presumidas virtudes do poder julgador; enquanto o segundo concebe a verdade como o resultado de uma controvérsia entre partes contrapostas por serem portadoras respectivamente do interesse na punição dos culpados e do interesse na tutela do acusado presumido inocente até prova em contrário (FERRAJOLI, 2002, p. 483).

Nesse contexto, as diferenças entre os modelos processuais podem ser vistas como opostas epistemologias do juízo (FERRAJOLI, 2002, p. 483), em razão de que ambos os processos tem por finalidade a busca da verdade, mas são diversas as maneiras de entendê-la e os métodos empregados para atingi-la. Enquanto o método inquisitório se baseia na epistemologia substancial e decisionista, o método acusatório é a transposição jurídica da epistemologia da falsificação.

O processo de verificação no método acusatório é baseado na prova e refutação, cuja materialização se dá pela divisão de papéis dos sujeitos processuais e, por conseguinte, assegurada pelas garantias processuais da contestação da acusação; do ônus da prova ao acusador; e do direito de defesa do imputado.

Nessa esteira, a verdade procurada pelo processo acusatório é relativa ou formal e adquirida pela pesquisa empírica, ou seja, através do procedimento prova e erro. Ademais, a exposição integral das hipóteses acusatórias para que a defesa consiga desempenhar a tentativa de falsificação é a principal garantia da consecução da verdade.

Em razão dessa arquitetura judicial, ao acusador são vedadas funções judicantes e ao juiz devem ser vedadas funções postulantes. Outrossim, o processo acusatório desenha outra relação entre meio e fim do processo, de modo que há o primado dos meios enquanto garantias de uma verdade mínima. É livre, nesse tipo processual, a valoração da prova, mas é vinculado o seu método de aquisição, diversamente do inquisitório, que se vincula a valoração das provas e é livre o método de formação.

A real fixação do princípio acusatório demanda a determinação de algumas premissas relacionadas ao órgão de acusação no processo penal, tais como: direitos de ação e defesa voltados à conformação da decisão jurisdicional no caso penal concreto; exercitável por órgão distinto do julgador; não limitado à iniciação do processo; incluir o direito de provar os fatos e debater as questões que surgirem; delimitação do objeto litigioso; e fundar-se em justa causa, e não meramente em intuito beligerante e temerário (PRADO, 2001, p. 134).

Por fim, Ferrajoli ressalta que são resíduos do processo inquisitório a forma de interrogatório das testemunhas pelo juiz ou pela acusação sem a presença do juiz, a transcrição pela acusação das atas de interrogatório; o poder ilimitado de admissibilidade judicial das provas; e a advertência das testemunhas da incriminação por falsidade. (FERRAJOLI, 2002, p. 490)

4.4 DIREITO DE DEFESA

No processo penal, a marca característica da defesa está precisamente na participação no procedimento. Essa participação visa à tutela de um interesse rigorosamente oposto do consignado à acusação, “sob pena de o processo converter-se em instrumento de manipulação política de pessoas e situações” (PRADO, 2001, p. 128).

No que atine ao Sistema Garantista, vencidas as garantias relacionadas à separação de funções e do ônus de o órgão acusatório materializar no processo suas acusações por meio de provas, comporta logicamente, à pessoa contra a qual pesa ou recai uma acusação, o direito de defesa. Expressado no Sistema Garantista pelo axioma 10, trata-se, para Ferrajoli, da principal condição epistemológica da prova: o ato de tentar falsear ou

falsificar a acusação experimentada pelo poder da parte, de modo que nenhuma prova seja adequada sem negação e contraprovas.

Em outras palavras:

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, 2002, p. 490)

Desse modo, o processo acusatório é dialético e sua concepção como disputa ou controvérsia exprime os valores democráticos do respeito da pessoa do imputado, da igualdade entre as partes contendoras e da necessidade prática da refutação da pretensão punitiva e sua exposição ao controle do acusado.

É necessário, para tanto, a perfeita igualdade entre as partes, de modo que a defesa seja dotada das mesmas ferramentas e capacidades que os poderes acusatórios; e que o papel contraditor seja admissível em qualquer instância do procedimento e em qualquer ato probatório singular praticado, desde as averiguações judiciais, perícias, reconhecimentos até os testemunhos e acareações.

A igualdade entre as partes opostas, acusação e defesa, ou também chamada de paridade de armas se externa pela condição *sine qua non* de que o acusado seja assistido por um defensor que possa competir com o órgão acusatório. A necessidade dessa defesa técnica é imprescindível, vez que a legislação é complexa, obscura e complicada, cujas nulidades ou ausência de cumprimento das formalidades deve ser checada por técnicos especializados no âmbito jurídico.

Quanto à esfera de intervenção do imputado e seu defensor, Ferrajoli esclarece que:

Voltaire protestou contra a possibilidade de que o confronto entre o imputado e as testemunhas fosse entregue à discricionariedade do juiz em vez de ser obrigatório. Filangieri sustentou que ao imputado "deveria ser permitido fazer assistir-se por um ou mais advogados em todos os passos do processo". Bentham propugnou a presença do defensor no interrogatório não só do imputado, mas também na oitiva das testemunhas. E o mesmo fez Pagano, que desejou que as testemunhas de acusação "serão interrogadas ex integro na presença do réu" e sublinhou "o quanto ajuda a conhecer a verdade tal contradição". (FERRAJOLI, 2002, p. 491)

Portanto, Ferrajoli lembrou que é resultado da intervenção iluminista a exigência de participação de ambos em todas atividades probatórias.

A ideia de defesa se contrapõe à acusação e disso se extraem circunstâncias que ampliam a visão do processo acusatório. Para Geraldo Prado, a natureza verdadeiramente acusatória demanda uma alternativa de solução de conflito diversa da proposta pela

acusação, ou seja, no exercício do direito de defesa. Então, acusação e defesa surgem como propostas excludentes de sentença (PRADO, 2001, p. 128).

Para além da contraposição à acusação, a atuação da defesa do imputado deve ter participação e projeção na execução penal que eventualmente sobrevenha ao processo penal, visto que o dispositivo sentencial tornar-se-á materializado. Ainda que a natureza jurídica do processo executório se considere administrativa, a participação defensiva não pode ser vedada, ainda que não seja obrigatória, como o é nos procedimentos de natureza processual.

Por fim, então, o princípio acusatório exige que a defesa do acusado ou imputado esteja em condições concretas de participar do contraditório processual, de modo que atos cautelares eventualmente praticados sem a oportunidade de manifestação defensiva concomitante dependerão do exercício posterior para que mantenham a validade jurídica (PRADO, 2001, p. 128).

5 CONCLUSÃO

Aproximando-se e utilizando de suporte os ideais iluministas, corroborado pelo princípio da secularização, Ferrajoli inovou juridicamente no âmbito penal e processual ao invocar argumentações filosóficas para dar razão e sustentação à existência do direito penal e da forma procedimental em que este se materializa.

Além disso, conferiu nova roupagem ao princípio da legalidade, trazendo-o à condição de inviolabilidade em relação aos demais princípios. Diferentemente do que se propõe no neoconstitucionalismo, cujas ideias principais tratam da divisão de regras e princípios e que estes admitem violação proporcional quando em conflito, o garantismo é caracterizado pela impossibilidade dessa violação como proteção aos indivíduos submetidos ao poder penal do Estado.

Desse modo, a teoria garantista tem um marcante traço que é a exigência de reforço do positivismo jurídico, em razão disso quanto ao aspecto constitucional também é chamada de teoria juspositivista, e, ao mesmo tempo, a constante crítica ao direito positivo, no que atine aos parâmetros de legitimação externa e interna.

Essa consignação não impediu ou impede que o garantismo penal seja estudado por teorias que são críticas ao positivismo, como a Criminologia Crítica, visto que a abrangência da teoria do garantismo permite que a criminologia crítica se utilize de apontamentos para consecução de seus objetivos (CARVALHO, 2013, p. 294).

Importante teorização anterior à própria normatização de princípios e axiomas, Ferrajoli deixa explícito que seu objetivo é reduzir o alcance ou poder estatal quanto ao poder punitivo. Mas também aponta que o direito penal é necessário, visto que no estado anárquico de natureza, a lei do mais forte será o que regulará a vida social, dessa forma normatizando e regulando esse poder, apresenta-se a forma mais saudável de ordenação social.

Esclarece que há Estados que se orientam pelo direito penal máximo (busca punir todo e qualquer crime, ainda que inocentes sejam condenados), ordenamento em que as garantias processuais e constitucionais são sobremaneira reduzidas. Por outro lado, nos Estados cuja orientação político-criminal for de direito penal mínimo (busca-se a absolvição de todos inocentes, ainda que culpados sejam inocentados), perquire-se a maximização desses valores constitucionais e proteção do cidadão.

Com essas breves considerações conclusivas e relembrando o objetivo principal do trabalho de não reinterpretar ou desconstruir a teoria do garantismo penal, verifica-se que esta trouxe, como já dito, argumentos filosóficos justificadores da manutenção do direito penal, bem como da existência do cárcere, porém de forma reduzida no âmbito legislativo, executivo e judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª ed., rev. e at. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais**. Revista Brasileira De Ciências Criminais, v.104, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Tradutores do livro Diritto e ragione: teoria dei garantismo penale, de Luigi Ferrajoli, 6.ed. Roma: Laterza, 2000: ANA PAULA ZOMER, JUAREZ TAVARES, FAUZI HASSAN CHOUKR, LUIZ FLÁVIO GOMES.

FERRAJOLI, Luigi. **“El derecho como Sistema de Garantias”** in Jueces para la Democracia. Barcelona, 1992, pp 89-108.

GIAMBERDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Orientador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. 2008. 201. Dissertação (Mestrado) – PPG em Direito, UFPR. Curitiba, 2008

LARRAURI, Elena. **Criminologia Crítica: Abolicionismo y Garantismo**. Ius et Praxis, vol. 4, núm. 2, 1998, Universidad de Talca. Talca, Chile.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.