



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

ARTUR OLIVEIRA CAMPOS

**O GARANTISMO PENAL EM *TERRAE BRASILIS*: DESAFIOS PARA A SUA
EFETIVA IMPLANTAÇÃO**

CAMPINA GRANDE, PB

2016

ARTUR OLIVEIRA CAMPOS

**O GARANTISMO PENAL EM *TERRAE BRASILIS*: DESAFIOS PARA A SUA
EFETIVA IMPLANTAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Pós Dr. Luciano
Nascimento Silva.

CAMPINA GRANDE, PB

2016

C198g Campos, Artur Oliveira.
O Garantismo penal em Terrae Brasilis: desafios para a sua efetiva implantação [manuscrito] / Artur Oliveira Campos. - 2016. 51 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.

"Orientação: Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva, Departamento de Direito Público".

1. Teoria do garantismo. 2. Direito Penal. 3. Constituição. I. Título.

21. ed. CDD 345.05

ARTUR OLIVEIRA CAMPOS

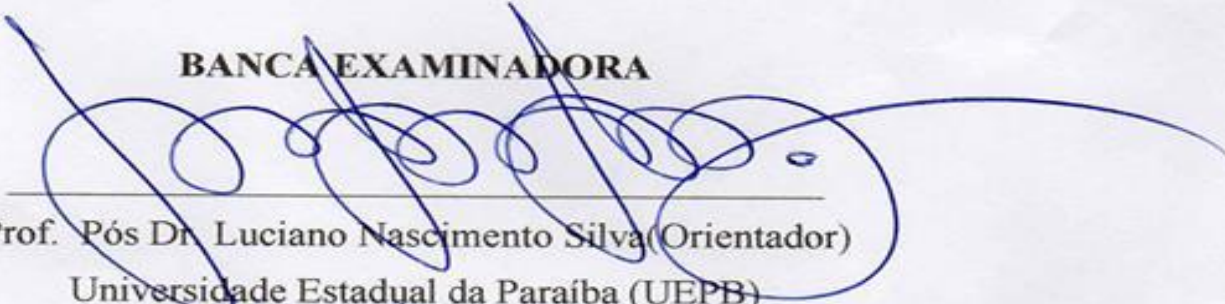
O GARANTISMO PENAL EM *TERRAE BRASILIS*: DESAFIOS PARA A SUA
EFETIVA IMPLANTAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso em
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.


Área de concentração: Direito Penal

Aprovado em: 27 / 10 / 2016.


BANCA EXAMINADORA



Prof. Pós Dr. Luciano Nascimento Silva (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Marcelo D'Angelo Lara
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Nota: 10,0

À minha Avó, Ivanilda Dantas de Oliveira (*in memoriam*), pela sua constante dedicação, por todo afago, preferência e zelo, pelo amor que moldou meu caráter, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro, sempre, a Deus, por ter me permitido utilizar grande parte das minhas capacidades para concluir mais essa etapa de minha vida.

Ao meu orientador Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva, pela confiança, pelo apoio nesta etapa tão importante, pelo tempo dedicado a este trabalho, pelas intervenções precisas, pelo pensar o tema conjuntamente comigo, pela competente condução do processo de orientação.

Aos meus pais, Antônio da Silva Campos Junior e Ivanilda Dantas de Oliveira, por todo o apoio, amor desmedido e zelo, pelo exemplo de casal que são, pelas influências.

Aos meus irm@s, Gabriel Oliveira Campos e Beatriz Oliveira Campos, pelos auxílios, por toda convivência e compreensão em todos os momentos de minha vida.

A toda minha família, meu berço, em especial à minhas duas avós, Angelita Diniz Campos e Maria Ivanilda Dantas de Oliveira, por sempre terem acreditado e visto o melhor em mim, aos meus Tios, Tias, Primos e Primas, pelo suporte moral e carinho incondicional.

À minha Rebeca Cabral Cunha Lima, namorada amiga, uma professora que me ensinou com seu jeito doce e centrado de ser, que com foco e disciplina tudo pode ser alcançado, pelo que compartilhamos e pelas nossas expectativas.

Aos meus amigos, sejam aqueles de infância ou aos que se somaram a esses através do convívio na graduação e em meu estágio na DPU, pelas trocas de ideias, pelos desabafos, pela cumplicidade e pelo encorajamento nas mais distintas fases desse processo.

A Universidade Estadual da Paraíba, minha segunda casa, pelo acolhimento.

A Defensoria Pública da União, sem dúvida, uma grande e importante experiência.

Aos professores do Curso de graduação, que contribuíram ao longo de cinco anos, por meio das disciplinas e debates, para o meu desenvolvimento acadêmico.

Aos colegas de classe pelos momentos de descontração e apoio, foi muito bom.

RESUMO

O presente texto busca demonstrar a possibilidade de execução da teoria do garantismo penal, idealizada por Luigi Ferrajoli, no Estado Brasileiro. Para a sua efetiva aplicação, é necessária a superação de alguns desafios em razão das constantes lesões que as garantias penais constitucionais sofrem pela legislação infra-constitucional. Inicialmente, será trazida uma síntese com os principais pontos da teoria garantista. Em seguida, serão analisados os desafios de direito material existentes para a real efetivação da supracitada teoria, do mesmo modo que a solução para que isso aconteça, bem como serão apresentados os desafios e as possíveis soluções na seara processual e jurisprudencial. Por fim, será demonstrado que, no Brasil, há espaço para a aplicação do garantismo penal em razão de sua clara consonância com a Constituição, apesar de, para a sua efetiva aplicação, ser necessária uma reforma na legislação material e processual, assim como um giro interpretativo por parte dos tribunais. A metodologia utilizou, como ferramenta de obtenção de informação, o recurso da pesquisa bibliográfica, bem como a pesquisa documental realizada através da leitura e fichamento de livros e de leis direcionados a autores com trabalhos e teorias pertinentes à área abordada.

Palavras-Chave: Garantismo; Direito Penal; Constituição.

ABSTRACT

This text aims to demonstrate the possibility of enforcement of criminal garantism theory, idealized by Luigi Ferrajoli, in Brazilian State. For its effective application, it's necessary to overcome some challenges due to the constant injuries that the constitutional criminal guarantees suffer by infraconstitutional legislation. The work is subdivided in three chapters. In the first one, it will be presented a synthesis with the main points of the garantism theory. In the second one, it will be analyzed the challenges regarded to substantive law when it comes to the real enforcement of the abovementioned theory, as well as the solution for it to happen. In the third one, it will be presented the challenges and solutions in the procedural and jurisprudential harvest. Lastly, it will be demonstrated that, in Brazil, there is space to apply the criminal garantism due to its clear line with the Constitution, despite the necessity, for its effective enforcement, of a reform in the substantiva and procedural legislation, as well as a change of interpretation by the courts. The methodology used as an information obtainment tool the bibliographic research resource accomplished through the reading and cataloging of books and laws, directed to authors and theories pertinent to the area addressed.

Key-words: Garantism; Criminal Law; Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 2 - UMA SÍNTESE DO PENSAMENTO GARANTISTA DE FERRAJOLI	10
2.1 Garantismo e Estado de Direito	10
2.2 O garantismo penal de Ferrajoli	12
CAPÍTULO 3 - DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO GARANTISMO PENAL NO ÂMBITO MATERIAL	25
3.1 Direito penal mínimo e bem jurídico-penal.....	25
3.2 Delitos que devem ser excluídos do Sistema Penal brasileiro para que se atinja o direito penal mínimo	30
3.2.1 Desacato (artigo 331 do Código Penal).....	30
3.2.2 Bigamia (artigo 235 do Código Penal)	32
3.2.3 Dano (artigo 163 do Código Penal)	34
3.2.4 Lei de Contravenções penais (Decreto-Lei nº 3.888/41).....	35
CAPÍTULO 4. DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO GARANTISMO PENAL NO ÂMBITO PROCESSUAL	37
4.1 Garantias processuais e sua importância para o sistema SG	37
4.1.1 Da discricionariedade exacerbada do artigo 312 do Código de Processo Penal.	39
4.1.2 Do desrespeito da jurisprudência as garantias penais. Necessidade de um giro interpretativo para a aplicação da teoria garantista em <i>terrae brasilis</i>	43
CAPÍTULO 5 - METODOLOGIA	47
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, intitulado “Garantismo Penal em *terrae brasiliis*: Desafios para a sua efetiva implantação” tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação da teoria do garantismo penal de Ferrajoli - idealizada em sua magna obra, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal - no Estado Democrático de Direito Brasileiro*, do mesmo modo que apresentar quais os desafios que impedem a efetivação dos ditames garantistas em *terrae brasiliis*.

Por garantismo penal se entende um sistema normativo de direito baseado em um sistema de poder mínimo, que busca minimizar a violência e ampliar as liberdades, funcionando como um sistema apto a vincular o poder punitivo estatal em prol dos direitos fundamentais.

Os objetivos específicos são justamente a análise de leis, ou artigos de leis de direito material, direito processual, bem como de jurisprudência que não se encontram em consonância com a teoria do jusfilósofo, explicitando o porquê deles não se encontrarem de acordo com o pensamento garantista, assim como o motivo deles estarem obstando a concretização de um Estado Democrático de Direito efetivamente garantista.

A manifesta relevância social e jurídica do tema apresentado decorre das inúmeras lesões que são perpetradas à nossa Constituição em razão do desrespeito as suas garantias positivadas no bojo do artigo 5º que ocorrem diuturnamente em nosso país, bem como da urgente necessidade de uma reforma estrutural em nossa legislação infra-constitucional no que tange a seara penal e processual penal, para que, enfim, esta área se amolde aos preceitos trazidos pela Constituição de 1988

O primeiro capítulo do presente trabalho subdividir-se-á em dois tópicos e terá como objetivo, justamente, demonstrar o porquê de ser a teoria do garantismo penal apta a ser executada em consonância com os objetivos de um Estado Democrático de Direito.

Ademais, serão explanadas as bases teóricas do garantismo penal, realizando, para tanto, uma síntese da magna obra do escritor dando ênfase aos principais pontos da supracitada teoria, como as diferentes acepções do termo garantismo, os 10 axiomas que ordenados e conectados sistematicamente definem o modelo *garantista* de direito, em outras palavras, as regras do jogo fundamental do direito penal.

Assim, será explanada a importância do respeito integral a esses 10 axiomas, que constitui a única forma para atingir um modelo de direito penal mínimo.

Além disso, serão debatidas as respostas que Ferrajoli traz para algumas perguntas fundamentais ao direito penal, quais sejam: “por que, quando e como punir?”, “quando e como proibir?” e “quando e como julgar?”.

O segundo capítulo também se subdivide em dois tópicos principais. O primeiro deles começa a esposar que não obstante a nossa Constituição se amolde aos ditames garantistas idealizados pelo jusfilósofo italiano, é necessária uma reforma no nosso sistema de direito penal para que possamos alcançar um sistema de direito penal mínimo.

Para tanto, é imperiosa uma reformulação dos bens-jurídicos que devem ser tutelados pelo direito penal. Dessa forma, serão apresentadas soluções para o inchaço legislativo de bens-jurídicos em nosso ordenamento jurídico, por meio de parâmetros que indiquem quais bens devem ou não ser considerados bens-jurídicos, bem como quando os bens jurídicos devem ser tutelados pela seara penal e quais os critérios que irão permear essa escolha.

O segundo subtópico do capítulo se subdivide em outras quatro partes e irá tratar sobre alguns tipos penais em espécie, que, em razão de não se enquadrarem nos preceitos garantistas, deveriam ser abolidos, ou passados a ser encarados apenas como ilícitos administrativos.

Em seguida, o terceiro e último capítulo irá trazer à tona exemplos de dispositivos existentes em nossa legislação processual penal que cerceiam alguns dos axiomas garantistas idealizados pelo escritor italiano.

Ainda, será demonstrada a necessidade de um “giro interpretativo” nos tribunais de *terrae brasilis* para que haja uma real efetivação dos postulados garantistas, que dependem não apenas de leis materiais e processuais garantistas, mas também de sua aplicação por parte dos magistrados.

Por fim, serão tecidas considerações acerca da possibilidade de existência de um programa garantista em nosso Estado Democrático de Direito, sendo necessárias, para a sua efetiva implantação, reformas de cunho material e processual.

CAPÍTULO 2 - UMA SÍNTESE DO PENSAMENTO GARANTISTA DE FERRAJOLI

O presente capítulo se subdivide em dois subtópicos. O primeiro subtópico se propõe a demonstrar a ligação entre a teoria do Garantismo e o Estado Democrático de Direito, buscando apontar que os ditames da teoria garantista são, na verdade, parte das premissas basilares intrínsecas a um Estado de Direito.

Em seguida, será apresentada uma pequena síntese das principais ideias contidas na teoria idealizada pelo jusfilósofo italiano com fito de utilizá-la como subsídio teórico dos capítulos posteriores.

2.1 Garantismo e Estado de Direito

O termo “garantismo” nasceu no século XIX a partir da palavra “garantir”, que significa, de acordo com o dicionário Moderna da Língua Portuguesa: “*v.t.d.* 1. Abonar; afiançar. 2. Tornar seguro. 3. Afirmar como certo. 4. Responsabilizar-se por. 5. Acautelar; defender. 6. Asseverar.”.

Um dos primeiros relatos de utilização do vocábulo veio por intermédio do filósofo-político Charles Fourier. Para Fourier (apud IPPOLITO, 2011), o garantismo seria um sistema de segurança social que busca defender os sujeitos mais fracos, provendo os cidadãos com direitos vitais através de uma ampla reforma no plano público e privado.

Nota-se que, assim como a palavra garantir, a expressão garantismo visa proteger, defender, assegurar um determinado objeto. O sentido jurídico deste termo não é diferente, e, atualmente, em um Estado Democrático de Direito pode ser conceituado como:

O objeto sob o qual recai a tutela são os direitos subjetivos ou a pretensão de acessar os bens da vida para satisfação das necessidades humanas. O garantismo é um sistema sócio-cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos e conseqüente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobre tudo (sic), com interesses do Estado. Esses instrumentos jurídicos são as garantias, as armas jurídicas que visam proteger os cidadãos que abrem mão de parcela de sua autonomia em benefício da coletividade, entregando ao Estado o poder para que ele lhes propicie segurança, saúde, trabalho, etc.. (sic) Para estar seguro da realização

desse desiderato por parte do Estado, as constituições do Estado de Direito prevêm instrumentos jurídicos expressos em limites, vínculos e obrigações impostos ao poder estatal, a fim de maximizar a realização dos direitos e minimizar suas ameaças. (STIPP, 2016).

Da palavra “garantismo” é possível distinguir, pelos ensinamentos de Ferrajoli (2002), três significados distintos, mas interligados, e que não são cabíveis apenas na seara penal, enfoque de sua célebre obra, mas podem ser estendidos a todo o ordenamento jurídico.

O primeiro significado apontaria um “modelo normativo de direito”, caracterizado sob o plano epistemológico como um sistema de poder mínimo; sob o plano político como uma tutela cujo fim seria minimizar a violência e amplificar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema apto a criar vínculos à função punitiva do Estado em prol dos direitos dos cidadãos.

A segunda acepção de garantismo, nos ditames do ensinamento do italiano, designaria:

(...) uma *teoria jurídica* de “validade” e da “efetividade” como nas 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. (FERRAJOLI, 2002, p.684).

Assim, no viés garantista é necessário um olhar crítico permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações na *práxis*, e, também, a consciência do caráter em grande escala ideal – e, em todo caso, não realizado e a realizar – de suas mesmas fontes de legitimação jurídica.

O terceiro significado de garantismo esposado pelo italiano conceitua uma filosofia política que busca do direito e do Estado a obrigação da justificação externa com base nos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia fundamentam a sua finalidade. Assim, nas palavras de Ferrajoli:

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, 2002, p.685).

Conclui o jusfilósofo que as três acepções do vocábulo “garantismo” são os elementos gerais não apenas de uma teoria do garantismo penal - objeto de estudo do livro “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”, do qual foram extraídos os magistérios de Ferrajoli, e tema do presente trabalho –, mas de uma teoria geral do garantismo, vez que se encontram

delineados o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito, bem como a divergência entre validade e vigor acima apresentada e a diferenciação entre o direito e a moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento jurídico.

Dessa forma, é incontestável que, a partir do momento que a teoria garantista de Ferrajoli busca tutelar, assegurar direitos fundamentais no âmbito jurídico, a sua teoria se torna apta a vigorar em um Estado Democrático de Direito, uma vez que só existe Estado de Direito, em sua acepção substancial, se houver um respeito pelos direitos fundamentais. Nesse sentido:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder a essência do Estado constitucional, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideais de Constituição, Estado de Direitos e direitos fundamentais. (SARLET, 2009, p.58)

2.2 O garantismo penal de Ferrajoli

Conforme já explanado, o termo garantismo retrata uma teoria cujo fim, no meio jurídico, é o de assegurar os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Luigi Ferrajoli, em sua renomada obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal” procura abarcar todo o sistema penal - ramo do direito que lida com questões delicadíssimas no que tange ao cerceamento de direitos fundamentais a uma vida digna - em um sistema garantista.

Para o cátedra, o sistema garantista uno pode ser dividido em dois elementos constitutivos, sendo um relativo à definição legislativa e o outro à comprovação jurisdicional do desvio punível, refletindo-se em um conjunto ímpar de garantias – as garantias penais e as garantias processuais – do sistema punitivo que fundamentam.

O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, que resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é o punível. O referido princípio necessita para sua efetivação do preenchimento de duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio positivadas. A primeira condição seria aquela conduta formalmente indicada na lei como pressuposto necessário para a aplicação da pena, sendo um exemplo do clássico brocardo jurídico *nulla poena et nullum crimen sine lege* (não há crime, não há pena sem lei). Já para a segunda condição, é mister inferir-se a definição legal do desvio com base somente em figuras empíricas e objetivas de comportamento, como a culpabilidade, daí poder ser representado

também por um clássico brocardo jurídico, qual seja: *nulla poena sine crimine et sine culpa* (não há crime sem culpa e não há pena sem crime).

Assim, a primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal, que dispõe que o juiz está adstrito à lei, não podendo enquadrar como tipos penais as condutas que creia ser imorais, mas apenas aquelas que a lei tipifica como desvios puníveis. Já a segunda condição, nas palavras de Ferrajoli:

(...) comporta, além disso, um caráter absoluto da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é somente a lei. Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exhaustiva (FERRAJOLI, 2002, p. 30-31).

A partir dessa explanação, torna-se mister salientar que o princípio da estrita legalidade admite apenas normas regulamentadoras, não normas constitutivas, porque é imprescindível que as normas estabeleçam regras de comportamento que estabeleçam uma punição, em que seja possível imputar à culpa ou responsabilidade de seu autor.

Assim, a partir de uma real efetivação do convencionalismo penal é que se torna possível enxergar dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal, quais sejam: a liberdade de poder realizar tudo aquilo que não é proibido por lei, pois os desvios puníveis e a possibilidade de aferir a sua culpabilidade restarão claros no ordenamento jurídico, e a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei, pois quem quer que seja a pessoa que se enquadrar naquela conduta tipificada como desvio punível irá receber a mesma punição.

O segundo elemento da epistemologia garantista é o cognitivismo processual, que se associa ao primeiro elemento como sua condição de efetividade, dado que tal elemento é embasado por um importante princípio, nomeado pelo jusfilósofo como princípio de estrita jurisdiccionabilidade. Tal princípio se perfaz por intermédio de duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das acusações, em razão de seu caráter assertivo, e a possibilidade de comprovação empírica, por meio de procedimentos capazes de verificar ou refutar a assertiva.

Para Ferrajoli, a ideia de um silogismo judicial perfeito, em que seja possível a aferição absoluta dos fatos puníveis, trata-se de uma ilusão metafísica, pois para a utilização de termos como “verdade” e “verdadeiro” no processo sempre existirá uma margem, pequena ou grande, de discricionabilidade.

Dessa forma, na atividade jurídica, existem espaços de poder específicos criados por essa possibilidade de discricionariedade, que serão em parte insuprimíveis. O escritor distingue esses espaços do poder judicial em quatro tipos: o poder de indicação, de interpretação ou de verificação jurídica; o poder de comprovação probatória ou de verificação fática; o poder de conotação ou de compreensão equitativa; o poder de disposição ou valoração ético-política.

Podemos chamar de *poder de cognição* à soma dos três primeiros poderes acima enumerados: do poder de indicação jurídica, do poder de verificação fática e do poder de conotação equitativa. A hipótese de trabalho que aqui será desenvolvida é que, enquanto os três espaços que constituem o poder de cognição são de certa forma irredutíveis e fisiológicos, o espaço deixado em aberto ao *poder de disposição* é o produto patológico de desvios e disfunções politicamente injustificadas dos três primeiros tipos de poder; e que as garantias penais e processuais representam precisamente aquele conjunto de técnicas de definição e de comprovação dos pressupostos da pena orientadas a reduzir do maior modo possível o poder judicial arbitrário e a satisfazer o modelo, mesmo que de maneira parcial e tendenciosa. [...] Ao mesmo tempo, ao haver sido sancionado em grande parte por nossa Constituição, como por todas as constituições evoluídas, o modelo pode ser utilizado, ademais, como critério de valoração do grau de validade ou legitimidade – e, vice-versa, de invalidez ou ilegitimidade constitucional – de nossas instituições penais e processuais, e de seu funcionamento concreto. (FERRAJOLI, 2002, p.34-35).

Além disso, é importante acrescentar que os princípios que compõem o modelo garantista de direito penal são todos formados por proposições ou condicionantes e encontram-se todos interligados. É, então, possível formulá-los e separar os princípios fundamentais dos princípios ditos derivados, agrupando-os dentro de sistemas ou modelos axiomáticos mais ou menos complexos e exigentes à medida que mais princípios estejam incluídos ou excluídos em cada um desses sistemas.

Dessa forma, o pensador denomina de garantista, ou sistema penal SG – Sistema Garantista -, o modelo de direito penal que inclui todos os princípios básicos do garantismo penal, esclarecendo que se trata de um modelo utópico, apenas tendencialmente, mas nunca perfeitamente satisfável.

Os princípios basilares do sistema SG são justamente os seguintes: I) princípio da *retributividade* ou da consequentialidade da pena em relação ao delito; II) princípio da *legalidade*, no sentido lato e no sentido estrito; III) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; IV) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; V) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; VI) princípio da *culpabilidade* ou a

responsabilidade pessoal; VII) princípio da *jurisdiccionariiedade*, também no sentido lato e estrito; VIII) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; IX) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; X) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.

Insta salientar, ainda, que o princípio que melhor define o sistema cognitivo SG é o princípio da legalidade estrita. Esse princípio ocupa um lugar basilar no sistema de garantias.

Existe uma diferença entre o axioma da mera legalidade e o axioma da legalidade estrita. No primeiro é exigido a lei como condição necessária da pena e do delito, já o segundo exige todas as demais garantias penais como condições necessárias da legalidade penal. Pela mera legalidade, a lei é condicionante, pela legalidade estrita, a lei é condicionada.

A partir dos dez axiomas de responsabilidade penal e dos princípios que deles derivam, é possível obter dez modelos possíveis de garantismo. No primeiro modelo, estariam presentes todos os axiomas de responsabilidade penal; no segundo, estaria faltando um dos axiomas; no terceira, dois axiomas seriam os axiomas ausentes; e, assim, sucessivamente, até o último modelo.

O primeiro modelo poderia ser chamado de *Estado de direito*, pois estaria o Poder Público na seara penal limitado e vinculado à lei no plano material – os conteúdos considerados penalmente relevantes – e submetido a um plano formal, ou processual, que vincularia as formas procedimentais em prol de determinados princípios.

Já no último modelo, encontra-se um Estado totalitário, não disciplinado por normas, e, conseqüentemente, sem limites e condições do Poder Público, que é exercido de forma arbitrária perante os cidadãos. O jusfilósofo italiano denomina esses dois modelos extremos de “direito penal mínimo” e de “direito penal máximo”. Nesse sentido:

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. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a “verdade formal”, inclusive nos limites acima expostos. (FERRAJOLI, 2002, p. 83-84)

Uma norma basilar, para que se consiga atingir de fato um sistema calcado no direito penal mínimo, é o princípio do favor rei, que afirma que deve ocorrer intervenções valorativas

e potestativas de atenuação da responsabilidade penal em cada caso que reste alguma dúvida em relação aos pressupostos cognitivos da pena. Ademais, ensina Ferrajoli:

A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros. (FERRAJOLI, 2002, p. 84).

Adentrando ainda mais nos ensinamentos do jusfilósofo a respeito da importância de um direito penal mínimo, essencial para que se possa conceber em sua plenitude o sistema SG, é explicitada a importância da pena para o direito penal, deixando, desta forma, claro que Ferrajoli não se filia à corrente do abolicionismo penal. Para ele, a pena, que deve ser baseada no princípio da pena mínima e conseqüentemente no princípio da necessidade, e tem dois objetivos principais: o primeiro é o de prevenir, não apenas os delitos futuros, mas também outros tipos de mal, antitéticos do delito, – mal normalmente negligenciado pelas correntes penalistas, sejam as justificacionistas ou as abolicionistas -. Este outro mal – informal, selvagem, arbitrário, punitivo, mas não penal - seria a maior reação que na ausência da pena poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a eles.

O segundo e fundamental objetivo justificante do direito penal seria justamente o impedimento deste mal, do qual seria vítima o réu, ou pior, as pessoas próximas a ele. Dessa maneira, a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, na mesma proporção, para prevenir as injustas punições.

Nessa esteira, insta salientar que o direito penal nasce não como forma de desenvolvimento da vingança privada, mas, sim, como forma de negação da vingança, a partir da inclusão de um terceiro imparcial que iria julgar e sentenciar o acusado, justificando-se com o propósito de impedir a vingança.

Por isso, é perfeitamente possível inferir que o objetivo geral do direito penal, em consequência da dupla finalidade preventiva da pena, pode ser explicado, em poucas palavras, como a negação do exercício das próprias razões, ou, de maneira mais ampla, a minimização da violência na sociedade.

Mas o direito penal não é simplesmente a defesa social dos bens passíveis de lesão contra a ameaça que os delitos representam, é muito mais abrangente que isso, podendo ser, na verdade, considerado a proteção do fraco contra o mais forte, em que o fraco é o ameaçado ou ofendido com o delito, como é o fraco o ofendido ou ameaçado pela vingança. Nesses casos, em um primeiro momento, o mais forte, no delito, será o réu, e, na vingança, será os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários.

Precisamente, monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados – a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas. Sob ambos os aspectos, a lei penal se justifica enquanto a *lei do mais fraco*, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte. É sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a “necessidade política” do direito penal enquanto instrumento de *tutela dos direitos fundamentais*, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto *bens* que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições (FERRAJOLI, 2002, p. 270).

É nesse sentido que o garantismo penal significa justamente a tutela daqueles bens ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo que vá contra os interesse da maioria, constitui finalidade justificante do direito penal; assim, é a imunidade de todos os cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos (cuja fraqueza advém do momento em que se encontra o réu e a vítima/sociedade) por intermédio da aplicação de regras do processo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, por intermédio de sua garantia à liberdade. E é exatamente a garantia da aplicação desses direitos fundamentais a todos que torna aceitável o direito penal e o próprio princípio majoritário, até para a minoria constituída pelos réus e denunciados. Nas palavras do jusfilósofo:

O modelo normativo de justificação que aqui tracei satisfaz todas as condições de adequação ética e de consistência lógica exigidas, no plano metaético, no parágrafo anterior. Em primeiro lugar, voltando o direito penal para o único objetivo da prevenção geral negativa – das penas (informais) além do que dos delitos – este exclui a confusão do direito penal com a moral que caracteriza as doutrinas retributivistas e aquelas da prevenção positiva, e, portanto, lhes preclui a autolegitimação moralista, ou naturalista, ou sistemicamente auto-referencia.

Em segundo lugar, responde tanto à pergunta “por que proibir?” como àquela “por que punir?”, impondo às proibições e às penas duas finalidades distintas e concorrentes, que são, respectivamente, o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes,

dentro do objetivo geral da máxima tutela dos direitos de uns e dos outros, da limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade. (FERRAJOLI, 2002, p.271).

Encontrando uma resposta para a pergunta “por que punir?”, o jusfilósofo passa a explicar as respostas para as seguintes perguntas: “quando punir?” e “como punir?”. A resposta para o questionamento “quando punir?” é aparentemente o problema mais simples de legitimação do direito penal, vez que a resposta é normalmente encontrada no axioma A1 de seu sistema SG, qual seja: *nulla poena sine crimine*.

Todavia, segundo o sistema de garantias, o ilícito é apenas uma condição normativa necessária, mas não suficiente para a aplicação da pena, pois deve-se observar condições ulteriores ao ilícito, como as condições de procedibilidade e de punibilidade, a ausência de eximentes e todas as outras garantias penais e processuais que limitam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito.

Assim, a garantia do caráter retributivo da pena (só se pode ser punido por aquilo que fez) serve para excluir qualquer tentativa de cunho preventiva ou utilitarista que vise à punição do inocente por características pessoais, por ser considerado, por si só, mal, perigoso, suspeito ou propenso ao delito.

Por isso que a ideia utilitarista da pena, quando afastada do princípio da retribuição, pode se transformar em um dos principais ingredientes do moderno autoritarismo penal, associando-se a pensamentos e doutrinas, como a correccionalista da defesa social ou a da prevenção especial, e legitimando as tentações subjetivas, as quais tendem para um direito penal máximo.

Já para a resposta da pergunta “como punir?”, é necessário, antes, uma regressão na história da pena para assim entender a sua evolução com o passar dos anos. É possível distinguir a evolução das penas em três fases: a primeira é a das penas informais, pautada no caráter casual, não regrado, e, principalmente, privado da intervenção punitiva; a segunda fase foi a das penas naturais, que pode ser caracterizado pela busca ilusória entre um nexo natural entre pena e delito; e a terceira fase, a das penas convencionais, baseada no caráter estritamente jurídico da relação entre o tipo e o grau das penas e o tipo e o grau do delito.

Constata-se que a positivação da pena é um sustentáculo essencial também para a sua minimização, conforme o critério utilitarista e humanitário, expresso por Ferrajoli pela seguinte preposição: “*nulla poena sine necessitate*”.

Este princípio integra a principal resposta dada pelo pensamento iluminista ao questionamento “como punir?”. A pena deve ser “necessária” e a “mínima dentre as possíveis” em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos.

Ademais, um argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por jusfilósofos como Beccaria e Kant, que, em síntese, diz que cada homem, e conseqüentemente o condenado, não deve ser tratado nunca como um “meio” ou “coisa”, senão sempre como “fim” ou “pessoa”.

Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes. (FERRAJOLI, 2002, p. 318).

Na esteira desse entendimento, para Ferrajoli, a dignidade da pessoa humana seria a medida, o limite máximo da quantidade e qualidade de pena não superável sem que o réu seja reduzido à condição de coisa e sacrificado em prol de finalidades alheias. Assim, o princípio da necessidade e o princípio da dignidade da pessoa humana seriam os dois critérios complementares sobre os quais podemos fundamentar um novo programa de minimização das penas.

Esse novo programa de minimização das penas seria pautado em uma gradativa extinção das penas privativas de liberdade, iniciando-se com a sua diminuição para um limite de 10 anos de pena máxima para os crimes considerados mais graves na sociedade. Ferrajoli é um ferrenho crítico da forma das penas privativas de liberdade, pois, em seu entendimento, esse tipo de pena não consegue cumprir a dupla finalidade da pena:

(...) nem a prevenção dos delitos, dado o caráter criminógeno das prisões destinadas de fato, como nos dias de hoje unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; nem a prevenção das vinganças privadas, satisfeitas na atual sociedade dos *mass media* bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão. (FERRAJOLI, 2002, p.330).

Ademais, a pena privativa de liberdade conservou muito do caráter aflitivo físico das antigas penas corporais, que ficam evidentes nas formas de vida e de tratamento que os detentos recebem, e, ainda, na grande aflição psicológica a que são submetidos em razão da solidão, isolamento, perda da sociabilidade e da afetividade que sofrem.

Assim, para Ferrajoli, em razão dos sofrimentos físicos e psíquicos de que o preso é vítima, a pena de encarceramento não goza de igualdade, de legalidade e de jurisdicionabilidade. É nessa esteira, por a prisão ser lesiva para a dignidade da pessoa humana, que deve ocorrer a sua superação, ou, pelo menos, uma grande diminuição em sua pena máxima e em sua pena mínima.

Esta redução quantitativa – não indireta, por meio dos atuais mecanismos discricionários de indulgência previstos na fase de execução, senão direta, mediante a sua substituição por tipos de penas mais leves para os delitos menos graves e a redução da legalmente prevista para os mais graves – pode representar, portanto, a curto e médio prazo, um objetivo crível de reforma penal. (FERRAJOLI, 2002, p.332).

Uma possível solução para o cátedra seria:

(...) que a pena privativa de liberdade seja substituída para os delitos mais leves pelas atuais medidas alternativas, e reduzida a dez anos ou a um tempo menor, para os delitos mais graves, deixariam de ser necessárias, em sede de execução, as revisões de duração da pena em função da boa conduta, as análises sobre a cessação da periculosidade do interno ou semelhantes. A redução das penas legais em lugar de sua substituição discricionária durante a execução permitirá, em suma, salvaguardar todos os elementos garantistas da pena: sua predeterminação legal, sua determinação judicial, sua certeza, sua igualdade, sua proporcionalidade à gravidade do delito, a imunidade das consciências frente aos modos e aos tempos de sua execução. (FERRAJOLI, 2002, p. 333).

O escritor também é um grande crítico das penas pecuniárias, sobretudo por considerá-las uma pena impessoal, em que é possível que qualquer um a salde, gerando uma injustiça dupla: em relação ao réu, que se não a quitou, eximiu-se da pena; e em relação ao terceiro que a adimpliu, que a pagou e assim cumpriu uma pena por algo que não cometeu. A pena pecuniária ainda é desigual, pois a aferição de sua igualdade formal se dá de uma maneira bem mais abstrata do que a das penas privativas de liberdade. Dessa forma, recai de maneira diversamente aflitiva de acordo com o patrimônio de cada um e, por conseguinte, é fonte de intoleráveis discriminações no plano substancial.

Por isso, para o escritor, a solução para as penas pecuniárias só pode ser uma:

(...) é sua abolição. As possibilidades, na realidade, são duas: ou a pena pecuniária é considerada suficiente, e então dá no mesmo transformá-la numa sanção administrativa e descriminalizar o delito para o qual foi prevista; ou bem estima-se insuficiente, e então deverá ser substituída por outro tipo de pena, mais severa (FERRAJOLI, 2002, p. 334-335).

O terceiro problema das penas, atualmente, são as penas alternativas – as chamadas penas restritivas de direitos -, que, ao passo em que são tratadas como penas acessórias em quase todos os ordenamentos existentes, convivem, paralelamente, com penas pecuniárias, tratadas como principais.

Por isso, é essencial que as penas privativas de direitos deixem de ser penas acessórias e passem a ser encaradas como penas principais, de modo que possam ser impostas de maneira exclusiva para os tipos de crime que sejam necessários e proporcionais à incapacitação do referido direito privado.

Essas medidas alternativas poderiam constituir uma alternativa à pena de prisão, como já ocorre em relação a algumas, se elevadas à categoria de penas principais e aplicadas pelo magistrado na sentença condenatória. Assim, para o italiano:

Os tipos de penas privativas que se podem conceber como alternativa à privação de liberdade são numerosos e variados, podendo ter como objeto singulares faculdades incluídas na liberdade pessoal ou até direitos diversos menos extensos: como a semiliberdade, a liberdade vigiada, a prisão domiciliar e a limitação de fim de semana, que privam parcialmente a liberdade pessoal; a residência obrigatória e a proibição de residir em determinado local, que privam a liberdade de circulação, enfim, as penas privativas de direitos, que deverão ser previstas como penas principais para determinados delitos próprios, que privam ou restringem certas formas de capacidade das quais o réu abusou em concreto. Todas estas penas deveriam estar previstas em lei, seguindo uma escala que permitisse a sua graduação proporcional e sua ponderação equitativa, de acordo com a gravidade dos delitos. E em relação a elas, a privação de liberdade resultaria a sanção mais severa, reservada para os casos mais graves e destina a ser abolida em perspectiva. A liberdade – como a vida – é, na realidade, um direito personalíssimo, inalienável e indisponível e, por conseguinte, conforme o argumento de Beccaria, sua proibição total deveria ser proibida. Os demais direitos, por serem disponíveis, por outro lado, permitem formas bem mais variadas e toleráveis de privação ou de restrição. (FERRAJOLI, 2002, p. 337).

Em seguida, são apresentadas as respostas para os seguintes questionamentos: “quando proibir?” e “como proibir?”. Depreende-se, da definição formal do delito, como resposta para a primeira, que serão proibidas todas aquelas condutas previstas em lei.

Não obstante, a lei penal deve prevenir os mais graves custos individuais e sociais, que se traduzem pelos efeitos lesivos e somente podem fundamentar o custo das proibições e das penas. Não se deve pedir mais do direito penal.

Foi por isso que, a partir da tradição iluminista, derivou-se uma dupla limitação ao poder proibitivo do Estado: o princípio da necessidade ou de economia das proibições penais e o princípio da lesividade.

O primeiro limite vem ditado pelo *princípio de necessidade* ou *de economia das proibições penais*, expressado no axioma A3, *nulla lex poenalis sine necessitate*, do qual deriva, por exigi-lo a legalidade das penas e dos delitos, não só o princípio da pena mínima necessária – enunciado na tese T12, *nulla poena sine necessitate* [...], mas, também, o da máxima economia na configuração dos delitos – contido na tese T20, *nullum crimen sine necessitate*. (FERRAJOLI, 2002, p. 372).

Torna-se límpida a relação entre o princípio da necessidade e o princípio da reserva da lei, que deveria vetar, ou impor limites à infração penal.

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua “absoluta necessidade” são, por sua vez, as *proibições mínimas necessárias*, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 373).

O segundo limite nasceu da separação do direito e da moral, a partir do pensamento utilitarista acerca da “necessidade penal” como forma de tutela de bens fundamentais que não poderiam ser defendidos de outra maneira. Esse segundo limite é explícito no princípio da lesividade, que é o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos constitutivo do delito – o efeito lesivo que o delito produz – e, no sistema SG delineado pelo cátedra italiano, é apresentado no axioma A4, a partir da máxima latina *nulla necessitas sine iniuria*, e, na tese seguinte, *nulla poena, nullum crime, nulla lex poenalis sine iniuria*. Nesse toar:

(..) somente as proibições, da mesma forma que se dá em relação às penas, podem ser configuradas como instrumentos de minimização da violência e de tutela dos mais fracos contra os ataques arbitrários dos mais fortes, no marco de uma concepção mais geral do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2002, p. 373).

Nos ditames dos ensinamentos de Ferrajoli, por o princípio da lesividade se encontrar interligado ao princípio da necessidade, gerando uma versão liberal da utilidade penal calcada por meio da mínima restrição necessária, definindo os parâmetros e o alcance, será idôneo a vincular o legislador à máxima kantiana, segundo a qual a tarefa do direito é a de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um.

Já a solução para o segundo questionamento – “como proibir?” – encontra-se nas normas penais regulativas. A filosofia analítica distingue as normas em regulativas e constitutivas. Na seara penal, as normas são aquelas que regulam um determinado comportamento, qualificando-o, deonticamente, como uma ação permitida, proibida ou obrigatória, e condicionando a sua comissão ou omissão à produção dos efeitos jurídicos previsto na norma; já as normas penais constitutivas serão aquelas que sem a necessidade de ações comissivas ou omissivas sejam necessárias à sua observância ou infração, como se dá nos casos das normas que tem como conteúdo a maioria penal ou a competência penal.

Por isso, é cabível afirmar que a regulatividade das leis penais constitui um importante pressuposto das garantias de materialidade e de culpabilidade, que, por sua vez, exigem que as normas contenham proibições voltadas a comportamentos cuja ação ou omissão seja passível de aferição e imputável deonticamente para a eleição do sujeito. Ademais, para Ferrajoli:

A regulatividade das normas penais é uma condição de sua generalidade e, com isso, um pressuposto da igualdade penal, que todos os homens são iguais penalmente enquanto punidos pelo que fazem e não pelo que são e enquanto somente suas ações, e não sua (distinta) personalidade, podem ser tipificadas e culpabilizadas como igualmente desviadas. Mas, antes de tudo, a regulatividade penal é um pressuposto indispensável da tutela da dignidade do homem, que permite que deste sejam exigidas somente ações e omissões, e que deve ser respeitado, seja quem for (FERRAJOLI, 2002, p. 404).

Até o presente momento, foi apresentado apenas as soluções e justificações para a implementação do sistema SG de Ferrajoli do direito penal, ou seja, do direito material e das garantias materiais. Todavia, para que haja uma implementação completa do sistema garantista nos ordenamentos, é necessário que exista da mesma forma uma observância das garantias processuais.

Dessa maneira, as garantias penais seriam insuficientes para garantir um sistema garantista por si só, assim, existem, de maneira correlatas, ou subsidiárias, as garantias processuais, que respondem duas das perguntas realizada pelo jusfilósofo italiano: “quando julgar?” e “como julgar?”. Tais garantias se expressam por princípios como a presunção da

inocência até prova em contrário, a separação entre juiz e acusação, o ônus acusatório da prova e o direito do acusado à defesa.

Os dois conjuntos de garantias estão umbilicalmente ligados, pois não valem apenas por si mesmas, mas, também, como garantias recíprocas de efetividade. Em razão desse nexo duplo, cada modelo de legitimação interna dos pressupostos da pena leva a um modelo correspondente de legitimação de seus meios de investigação no processo penal. Por isso, para Ferrajoli:

A principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da *submissão à jurisdição*, expressa pelo nosso axioma A7 *nulla culpa sine iudicio*. Também essa garantia, assim como a sua correlativa, da legalidade, pode ser compreendida em dois sentidos diversos – “em sentido *estrito*” ou “em sentido *lato*” – conforme seja mais ou menos acompanhada pelas outras garantias processuais. Em sentido lato, pode ser expressa pela tese T72 “*nulla poena, nullum crime, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa sine iudicio*”; em sentido estrito, pela tese T63 “*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*”. Com base no primeiro princípio o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais; com base no segundo, por sua vez, é requerido o conjunto de garantias processuais ou instrumentais. (FERRAJOLI, 2002, p. 432).

Por isso, podemos afirmar que essa correlação entre garantias penais e garantias processuais é o reflexo do nexo específico entre lei e juízo em matéria penal. Assim, a estrita submissão à jurisdição e a submissão à estrita legalidade se fundamentam e servem para, em conjunto, garantir um sistema penal pautado no direito penal mínimo.

No Brasil, a nossa Constituição positiva vários desses axiomas garantistas, no entanto, conforme será apresentado nos próximos capítulos, existem disposições normativas de direito material e de direito processual que acabam por debilitar os direitos fundamentais inerentes a um Estado Democrático de Direito e a um Estado garantista.

CAPÍTULO 3 - DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO GARANTISMO PENAL NO ÂMBITO MATERIAL

No presente capítulo, serão abordados os desafios para a implementação de um programa de direito penal mínimo calcado no garantismo penal. Será analisada a importância de uma definição exata de quais bens jurídicos devem ser efetivamente tutelados pela seara penal e quais critérios devem ser utilizados para selecioná-los.

Em seguida, será realizada uma análise sobre alguns tipos penais e leis penais existentes no ordenamento jurídico pátrio explicando o porquê de não se amoldarem a um programa de direito penal mínimo fundado com base na teoria de Ferrajoli, bem como serão apresentadas possíveis soluções para a problemática da incompatibilidade dessas leis e tipos penais e o direito penal mínimo proposto pelo jusfilósofo.

3.1 Direito penal mínimo e bem jurídico-penal

Não obstante seja o garantismo penal uma teoria que se molda perfeitamente aos ideais do Estado Democrático de Direito, ainda são muitos os desafios para que, a partir da teoria garantista encampada pelo jusfilósofo italiano, seja, no Brasil, adotado um direito penal mínimo que esteja em consonância com os princípios norteadores de nossa Constituição.

A ideia dessa intrínseca correspondência entre Direitos fundamentais e Garantismo penal como forma de tutela também é vista por vários escritores brasileiros, como, por exemplo, Salo de Carvalho, que afirma em seu livro “Anti manual de Criminologia”.

[...], o discurso da modernidade sobre os direitos individuais encontra guarida e correspondência no garantismo penal clássico – concepção teórica ilustrada do direito penal, do processo penal e da política criminal centrada na busca de limitação do poder estatal punitivo através da radicalização dos princípios da legalidade dos delitos, da proporcionalidade e da humanidade das penas e da jurisdiccionabilidade dos órgãos de decisão. (CARVALHO, 2013, p. 202)

Todavia, para que seja possível colocar em prática um sistema penal que seja o mais próximo possível do utópico sistema SG de Ferrajoli, é necessário que haja uma verdadeira

reforma da legislação penal brasileira, com a extinção de vários tipos penais, cujos bens-jurídicos tutelados, poderiam ser, efetivamente tutelados fora da seara penal, e, por conseguinte, sem lesar o direito à liberdade do réu.

No entanto, é preciso, para estabelecer uma ideia de reforma penal no sistema brasileiro cujo fundamento ideológico seja a teoria do jusfilósofo italiano, em um primeiro plano, definir como se dará a aferição dos bens-jurídicos tutelados na esfera penal. A respeito de uma teoria do bem-jurídico, diz o eminente cátedra:

[...]uma teoria do bem jurídico dificilmente pode nos dizer positivamente – e não adiantaria nada que nos dissesse – que uma determinada proposição penal é justa enquanto protege um determinado bem jurídico. Pode nos oferecer, unicamente, uma série de critérios negativos de deslegitimação – que não são somente a irrelevância ou o esvaziamento do bem tutelado, senão, também, a desproporção com as penas previstas, a possibilidade de uma melhor proteção por meio de medidas destituídas de caráter penal, a inidoneidade das penas na consecução de uma tutela eficaz, ou, inclusive, a ausência de lesão efetiva por ocasião da conduta proibida – para afirmar que uma determinada proibição penal ou a punição de uma concreta conduta proibida carecem de justificação, ou a tem escassamente. Mas, por outro lado, isto é tudo o que se pede à categoria do “bem jurídico”, cuja função de limite ou garantia consiste precisamente no fato de que a lesão de um bem deve ser condição necessária, embora não suficiente, para justificar sua proibição e punição como delito. (FERRAJOLI, 2002, p. 377).

Inferimos das palavras de Ferrajoli, que a principal função dos bens-jurídicos, em um Estado Democrático de Direito, é servir como um limite, ou uma garantia de que só ocorrerá o delito, quando, necessariamente, haja um bem jurídico sendo lesado. Nesse sentido:

Em um *Estado democrático e social de Direito*, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso, vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana. (PRADO, 2013, p. 72).

Surge então a seguinte questão, como definir quais os bens jurídicos devem ser tutelados? Para o jusfilósofo, uma doutrina sobre a justificação externa das proibições penais, será uma doutrina política, não jurídica, baseada em critérios de política criminal. Nesse sentido, Ferrajoli oferece alguns critérios para uma política criminal pautada na tutela máxima dos bens, com o mínimo necessário de proibições e penas.

O primeiro critério exposto pelo italiano é que as proibições se justificam apenas a impedirem ataques concretos a bens fundamentais, individuais ou sociais, entendo por ataque não apenas o dano causado, como também o perigo causado. Ademais, em qualquer caso, deve o dano ou perigo ser verificável empiricamente, a partir das características concretas da conduta proibida, e não do conteúdo em abstrato da proibição.

Assim, esse primeiro critério, que é genérico e indeterminado, mas pode ser completado com a afirmativa que nenhum bem justifica uma tutela penal – ao invés de uma cível ou administrativa – se o seu valor não é maior do que o dos bens privados pela pena.

Contamos também com um posterior critério axiológico, correspondente a um diferente perfil utilitarista: as proibições não só devem estar “dirigidas” à tutela de bens jurídicos como, também, devem ser “idôneas”. O princípio de utilidade e o de separação entre direito e moral obrigam a considerar injustificada toda proibição da qual, previsivelmente, não derive a almejada eficácia intimidatória, em razão dos profundos motivos – individuais, econômicos ou sociais – de sua violação; e isso à margem do que se pense sobre a moralidade e, inclusive sobre a lesividade da ação proibida (FERRAJOLI, 2002, p.378).

Por fim, a política penal de tutela de bens deve ser subsidiária a uma política extrapenal de proteção desses bens. Pois, muitas vezes, os resultados lesivos prevenidos pelo direito penal podem ser evitados de uma maneira muito mais efetiva por meio de medidas protetivas de natureza administrativa.

No entanto, surge a questão, como identificar quais os bens jurídicos que devem ser tutelados no nosso Estado Democrático de Direito, como saber quais bens tutelar e como tutelá-los. Para Luiz Regis Prado, a aferição deve ser realizada dessa forma:

Nesse contexto, a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. A tarefa legislativa há de esta sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia. Há, por assim dizer, uma limitação nomológica em relação à matéria. A linha reguladora constitucional de ordem hierarquicamente superior deve servir para impor contornos inequívocos ao direito de punir. (PRADO, 2013, p. 96-97)

Assim, o legislador ordinário deverá sempre levar em consideração as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos.

Todavia, para uma teoria garantista, não basta que os bens jurídicos estejam na previstos na Constituição, é necessário, também, para um projeto de direito penal mínimo, que haja uma deflação dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, pois, ocorre, atualmente um inchaço de bens jurídicos tutelados pela seara penal, e, que poderiam, em consonância com os princípios da lesividade e da necessidade, serem melhores tutelados de forma extrapenal.

Diz o italiano:

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 (FERRAJOLI, 2002, p. 381-382).

Assim, para Ferrajoli, irão ocorrer três tipos principais de restrições em um programa de direito penal mínimo calcado no princípio da lesividade e no princípio da necessidade ou da economia penal.

A primeira restrição seria de caráter quantitativo, afetando, principalmente os crimes de bagatela, vez que não justificam a existência de um processo penal, nem de uma pena. Com essa restrição seria possível a descriminalização, com fundamento na economia do direito penal e da mínima ofensividade, de todas as contravenções, bem como dos tipos penais que sejam punidos mediante multas e/ou outra pena privativa de liberdade.

A segunda restrição seria de caráter qualitativo e, em razão do princípio da lesividade, considera os “bens” tutelados pelo direito penal, apenas as lesões que se transformem em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso.

Por fim, a terceira restrição teria caráter estrutural e é consequência da transformação, também basilar, que o requisito da ofensividade impõe à maior parte dos crimes, um exemplo seria:

[...] 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. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base, do princípio de lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo (FERRAJOLI, 2002, p.383)

Logo, pode-se concluir, que o princípio da lesividade, da forma como é definido no sistema garantista tem a função de operar como um critério polivalente de minimização das proibições penais, sendo idôneo a reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário, legitimando ainda mais, o direito penal. Utilizando ainda os bens jurídicos previstos na nossa Constituição, faz-se que essa teoria seja totalmente recepcionada pela nossa Constituição e se estabeleça como uma opção viável de reforma penal.

Ainda, é possível deduzir pelo magistério do cátedra italiano que, por ser o direito penal um remédio extremo, não deve ele ser utilizado para punir os delitos de mera desobediência, os fatos que lesionam bens não essenciais, ou que mesmo lesionando um bem essencial, não o lesionam de forma proporcional aos males que uma punição penal trás ao infrator. No nosso ordenamento, muitos são os tipos penais que não se enquadrariam como verdadeiros delitos a ser tutelados em um programa de direito penal mínimo, alguns deles serão tratados no tópico a seguir.

Em uma síntese do que deve ser feito:

Esta projeção deveria visar em primeiro lugar a reabilitação da *forma* da lei penal, que entro em crise nas décadas passadas por causa dos processos maciços de descodificação, do uso da linguagem legal voluntariamente obscura e plurívoca, e sobretudo pela crescente variação entre penas legalmente previstas, penas judiciárias, e penas executadas: não se pode, de fato, sequer falar de sujeição à lei, nem de garantias de certeza para os cidadãos, toda vez que as leis sejam, quanto aos delitos, caixas vazias incapazes de colocar limites ao arbítrio judicial, e, quanto às penas, indicações excessivamente severas e por isso suscetíveis de qualquer transação. Quanto aos *conteúdos*, uma projeção legislativa supõe a recuperação de uma dimensão axiológica à altura dos valores da Constituição e capaz, desta maneira, de assegurar tutela a todos e apenas aos bens e aos direitos fundamentais no sentido aclarado pelo parágrafo 33. Isso quer dizer recodificar, com base em um rigoroso critério de economia, os bens jurídicos que são meritórios de tutela penal; despenalizar todos os crimes menores, das contravenções aos crimes punidos com simples pena pecuniárias, os quais não justificam nem pena nem processo; ampliar a esfera da tutela civil e administrativa, transferindo a esta muitos interesses hoje tutelados penalmente; redefinir com o máximo rigor o campo de denotação empírica dos tipos penais delituosos, suprimindo todas as figuras penais elásticas e indeterminadas; expurgar do sistema todas as formas ocultas e disfarçadas de responsabilidade objetiva ou coletiva; rebaixar, enfim, as penas drasticamente, reduzindo-as de direito às medidas que hoje estão reduzidas de fato, o que significa, como se disse, diminuí-las pela metade e estabelecer limite máximo para qualquer delito em não mais de dez anos. (FERRAJOLI, 2002, p. 670).

3.2 Delitos que devem ser excluídos do Sistema Penal brasileiro para que se atinja o direito penal mínimo

Abaixo serão apresentados alguns dos tipos penais que deveriam ser excluídos de nosso ordenamento jurídico pátrio para que assim possa imperar um sistema calcado no direito penal mínimo. Saliente-se que o universo de delitos que devem ser extintos é muito maior que o apresentado, sendo os delitos abaixo analisados, apenas exemplificações do inflacionamento de nosso sistema penal.

3.2.1 Desacato (artigo 331 do Código Penal)

O tipo penal em apreço é um crime de mera conduta, cujo bem jurídico protegido é o respeito e prestígio da função pública. É um delito que pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo nenhuma condição específica de seu agente, conforme se infere de sua leitura.

Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Não bastasse o fato de ser um crime de mera conduta e poder ser punido simplesmente com uma multa, o que para a teoria garantista de Ferrajoli já demonstra indícios de que o supracitado tipo penal deveria ser extirpado do ordenamento penal pátrio, ou o próprio bem jurídico que será sopesado junto a liberdade de alguém (em que pese a difícil aplicação de uma pena privativa de liberdade para esse delito, em razão da possibilidade de ser transformado em uma pena restritiva de direitos).

O delito também não deveria estar presente em nosso ordenamento jurídico em face da legitimação que devem ter as normas infraconstitucionais nos tratados internacionais assinados pelo país, devendo assim ser realizado um controle de convencionalidade. Por controle de convencionalidade se entende:

[...] o *controle de convencionalidade* das leis, que nada mais é que o processo de compatibilização vertical (sobretudo *material*) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5º, § 2º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5º, § 3º)[...] (MAZUOLLI, 2011, p. 405).

Acerca da observância das normas mais benéficas que tutelam os direitos humanos e que estão presentes apenas em tratados ou princípios do direito internacional, disserta o jusfilósofo italiano:

Em teoria, o reconhecimento do caráter *fundamental* dos direitos vitais dos cidadãos diante do Estado equivale, do ponto de vista externo, à afirmação do seu caráter *supravital* e portanto, internacional; onde, pois, tal reconhecimento seja por demais operado pelas Constituições e por elas acompanhado das auto-obrigações com referência aos princípios de direito internacional. (FERRAJOLI, 2002, p. 749-750).

No caso do tipo penal em destaque, não só deveria ser expurgado do nosso ordenamento jurídico para que se possa ter um sistema garantista, como para que realmente sigamos os tratados internacionais cujo Brasil é signatário.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 13, impõe que:

Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Ao analisar as leis que tipificam o crime de desacato com a previsão convencional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em relatório elaborado em 1995¹ (*CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212*), afirmou que as supracitadas leis não devem permanecer em vigor, pois, elas são um meio de calar ideias e opiniões impopulares, servindo, dessa forma, para reprimir o debate, instrumento crítico necessário para o efetivo funcionamento das engrenagens das instituições democráticas.

Indo além, a CIDH declarou, igualmente, que as leis de desacato proporcionam um maior nível de proteção aos funcionários públicos do que aos cidadãos particulares, em direta

¹ CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Capítulo V. Disponível na internet em: < <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=533&lID=4>> Acesso em: 11 out. 2016

afronta ao princípio fundamental de um sistema democrático, que sujeita as condutas exercidas pelos ocupantes de cargos públicos a controle popular, visando impedir e controlar o abuso de seus poderes coercitivos.

Acontece, que os cidadãos tem o direito fundamental de poder expressar a sua opinião, inclusive criticando e examinando as ações e atitudes dos funcionários que compõem o quadro de empregados da Administração Pública. Ainda, é inconteste, que quando há uma lei de desacato em vigor, ela ajuda a dissuadir as possíveis críticas, pelo temor das pessoas às ações judiciais, principalmente as de cunho penal, que lidam com cerceamento de direitos do ofensor.

As leis sobre desacato não podem ser justificadas com base na afirmação de que seu propósito seja defender a “ordem pública” (um propósito permissível para a regulamentação da expressão, em virtude do artigo 13), já que isso contraria o princípio de que uma democracia, que funciona adequadamente, constitui a maior garantia da ordem pública. Existem outros meios menos restritivos, além das leis de desacato, mediante os quais o governo pode defender sua reputação frente a ataques infundados, como a réplica através dos meios de comunicação ou impetração de ações cíveis por difamação ou injúria. Por todas estas razões, a CIDH concluiu que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção e instou os Estados a derrogá-las.

Vale ressaltar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que as normas dos tratados internacionais de direitos humanos têm *status* supralegal e o poder de derrogar normas infraconstitucionais com ela incompatíveis (RE 466.343 e HC 87.585).

Assim, resta claro, que o crime de desacato deve ser derogado em nosso Estado Democrático de Direito.

3.2.2 Bigamia (artigo 235 do Código Penal)

No crime de bigamia, o bem jurídico tutelado pelo Estado é a ordem jurídica matrimonial, que tem por princípio, em nossa cultura ocidental o casamento monogâmico (com apenas uma pessoa) e é cominado-lhe a pena de reclusão de dois a seis anos. Segundo Regis Prado:

A conduta típica prevista no artigo 235 consiste em *contrair* (assumir) alguém, sendo casado, novo casamento, Figura como pressuposto para a

configuração do delito a existência formal de casamento civil anterior. Logo, suficiente a vigência do casamento – não sua validade, que persiste, na hipótese de casamento nulo, até a declaração da nulidade, e, em se tratando de casamento anulável, até sua anulação. (PRADO, 2013, p.929).

Ora, nesse delito, se encontra uma prova de que por mais que nossa Constituição se amolde perfeitamente ao sistema SG teorizado pelo italiano, nosso ordenamento infraconstitucional ainda solapa bastante os axiomas garantistas idealizados por Ferrajoli. No crime de bigamia, e em outros crimes do Código Penal, é inconteste a lesão ao axioma 3 da teoria garantista, qual seja: “*Nulla lex (poenalis) sine necessitate*”.

Nesse sentido, corrobora o jusfilósofo em uma crítica a essa deterioração do princípio da necessidade e da economia do direito penal.

Um lugar à parte em nossa tipologia ocupa depois o sistema ‘sem necessidade’ S6, que carece do princípio da economia do direito penal, expresso pelo axioma A3 e que podemos chamar de *vexatório*. Este sistema é assimétrico em relação aos demais, dado que o princípio de economia ou de necessidade não expressa propriamente uma técnica punitiva, mas um critério de política criminal cuja satisfação está condicionada mas não é presença de proibições e penas supérfluas, em contraste com as razões de utilidade individual e coletiva que, como veremos, justificam o direito penal: de proibições penais injustificadas por serem, elas mesmas, lesivas aos direitos fundamentais, por serem de execução impossível, por não estarem estabelecidas para a tutela de qualquer bem jurídico ou por serem convenientemente substituíveis por proibições civis ou administrativas [...] (FERRAJOLI, 2002, p. 81).

Dessa forma é inconteste que o supracitado tipo penal não deve existir em nosso ordenamento jurídico caso queira se implantar um sistema garantista no direito penal, e mais, um sistema que esteja de acordo com a nossa Constituição.

Todavia, é importante notar os ventos que sinalizam o avanço em nossa legislação pátria, vez que, o atual anteprojeto do novo Código Penal, criado pelo RQS nº 756, de 2011, que excluiu o crime de bigamia, pretende o enquadrar agora apenas como um ilícito cível, enquadramento este que se encontra muito mais de acordo com a proposta garantista e com nosso texto constitucional.

Por fim, podemos englobar a esse tipo penal, todos os outros crimes previstos no Título VII, Capítulo I – Dos crimes contra o casamento, que também deveriam ser derogados e deixarem de ser considerados ilícitos penais, como o crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, constante no artigo 236 do Código Penal, sendo este, um tipo penal que afeta de maneira tão pequena o bem jurídico protegido que é o único delito de nosso

atual código que se dá por intermédio do que a doutrina processualista penal chama de ação penal privada personalíssima.

3.2.3 Dano (artigo 163 do Código Penal)

O delito de dano se encontra tipificado em nosso país há vários séculos, desde as Ordenações Filipinas, que incriminava a ação de danificar árvores frutíferas. Atualmente, lhe é cominado uma pena de detenção de um a seis meses ou multa.

O crime é delineado da seguinte maneira por Sanches:

Tutela-se o patrimônio alheio (bens móveis ou imóveis) contra danos que eventualmente possam sofrer. A obtenção de vantagem de ordem econômica, entretanto, não constitui elemento do tipo. Assim, no art.163 o agente dirige sua ação com o escopo único de causar dano físico no patrimônio da vítima (embora possa estar movido por interesses econômicos). (CUNHA, 2015, p.293).

Dessa forma, o delito em comento só será possível contra algo que seja corpóreo, o que exclui do crime de dano à lesão a moral, cuja tutela permanece inserida no âmbito da responsabilidade civil.

Ademais, o tipo penal em apreço é previsto tanto como um ilícito penal como um ilícito cível, no entanto, o dano civil é mais amplo que o dano penal. Tal fato já demonstra uma ofensa ao princípio penal da *ultima ratio*, ou ao axioma A3 da teoria de Ferajjoli, que prescreve que cabe ao Direito Penal agir quando a tutela das demais esferas for insuficiente.

Acerca da duplicidade da tutela do dano, diz o professor Luiz Regis Prado:

O dano do Direito Civil é mais amplo que o do Direito Penal, pois este último exige um dano físico, material, da própria coisa, em razão da destruição, inutilização ou deterioração, e dispensa que seja ofensa ao direito real, podendo ser de outra natureza. (PRADO, 2012, p. 504).

Após toda essa delimitação do crime de dano, fica claro que ele não se encaixa no sistema SG, e deve, portanto, ser derogado, para que seja possível que se implante o supracitado sistema, ou o sistema mais próximo dele possível em *terrae brasilis*.

A primeira incongruência com o sistema idealizado pelo italiano seria a falta de necessidade do tipo penal, vez que já se encontra tutelado de maneira bastante satisfatória na esfera cível, que é como já citada acima, mais ampla em sua tutela que esfera penal.

Ademais, o fato de poder ser punido com uma pena de multa, para Ferrajoli o torna um crime suscetível de ser extinto, devendo, dessa maneira, o ilícito ser apenas cível.

3.2.4 Lei de Contravenções penais (Decreto-Lei nº 3.888/41)

Um dos pontos mais importantes para uma reforma do sistema penal com fulcro em uma ideologia de direito penal mínimo passa pela descriminalização das contravenções penais, que, em nosso ordenamento, se encontram previstas pelo Decreto-Lei nº 3.888/41.

O texto normativo em comento é dividido em parte geral e em parte especial, e, dessa maneira, é delineado na parte geral o que seria uma contravenção penal enquanto que na parte especial, que ainda se subdivide em oito capítulos são apresentados as contravenções penais em espécie.

Uma primeira crítica em relação a este tipo de infração penal, se dá pelo fato de não haver uma diferença nítida entre o que seria crime e o que seria contravenção, sendo a sua única diferença o tipo de pena cominada, vez que, para as contravenções é cabível unicamente as penas de prisão simples – que só pode ser cumprida no regime semi-aberto ou aberto – e de multa.

A segunda crítica realizada a este tipo de infração penal é a sua ofensa aos princípios da necessidade e da economia penal, crítica esta totalmente perceptível por intermédio de algum dos tipos penais previstos na supracitada lei como o artigo 31 transcrito abaixo.

Art. 31. Deixar em liberdade, confiar à guarda de pessoa inexperiente, ou não guardar com a devida cautela animal perigoso:

Pena – prisão simples, de dez dias a dois meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

- a) na via pública, abandona animal de tiro, carga ou corrida, ou o confia à pessoa inexperiente;
- b) excita ou irrita animal, expondo a perigo a segurança alheia;
- c) conduz animal, na via pública, pondo em perigo a segurança alheia.

Ora, o artigo acima é uma nítida afronta ao princípio da necessidade da pena e apto a explicitar o porque de ser necessário uma descriminalização das contravenções penais. O tipo penal acima deveria, no máximo, ser algum ilícito administrativo, mas jamais um ilícito penal, vez que, a própria conduta delitiva deve ser considerada atípica materialmente, e englobada por um dos princípios adjacentes ao princípio da necessidade, qual seja, o princípio da insignificância. Nesse sentido, diz Ferrajoli:

Um redimensionamento racional do direito penal deveria ser precedido, ao menos da despenalização de todas as contravenções, compreendidas aquelas punidas com a prisão, assim como de todos os delitos punidos com multa mesmo se em alternativa à reclusão. (FERRAJOLI, 2002, p.575).

Finaliza o seu pensamento o jusfilósofo acerca da descriminalização das contravenções penais da seguinte forma:

[...] o fato de o legislador ter determinado qualificar certas condutas como simples contravenções, e de alguma maneira a elas agregar a punição – seja mesmo à discricionariedade do juiz – com uma simples multa, é suficiente para fazer supor que ele mesmo tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isto em uma perspectiva de um direito penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério pragmático de despenalização idôneo a satisfazer o nosso princípio de necessidade ou de economia do direito penal. (FERRAJOLI, 2002, p.575).

Todavia, para que se construa um sistema garantista baseado em direito penal mínimo não é necessário que seja reformulado apenas as distorções de direito material existentes na legislação de nosso Estado Democrático de Direito, mas também os exageros anti-garantistas provenientes do direito processual, que serão analisados no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4. DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO GARANTISMO PENAL NO ÂMBITO PROCESSUAL

Assim como no capítulo anterior, este capítulo se propõe a analisar os desafios para a implementação do garantismo penal em *terrae brasilis*, com enfoque, entretanto, nos desafios existentes no âmbito processual.

Dessa maneira, será apresentada a importância das garantias processuais para o Sistema SG, demonstrando a sua intrínseca e recíproca relação com as garantias existentes de direito material.

Em seguida, analisar-se-á um artigo do Código de Processo Penal que demonstra o desrespeito existente em nosso ordenamento aos ditames garantistas. Além disso, será exposta a imperiosa necessidade de um giro interpretativo por parte dos tribunais pátrios acerca da temática.

4.1 Garantias processuais e sua importância para o sistema SG

Conforme já explicado, o sistema garantista idealizado por Luigi Ferrajoli é um sistema penal apto a atuar em consonância com a nossa Constituição e, assim, fazer com que ela consiga de maneira mais efetiva salvaguardar os direitos fundamentais dos seus cidadãos.

No entanto, para que as engrenagens do sistema penal garantista funcionem em sua plenitude, não é necessária apenas a existência e a efetividade dos princípios garantistas de direito material, mas igualmente dos princípios garantistas de direito processual, pois ambos os tipos de princípios se encontram ligados umbilicalmente e são essenciais para que se alcance um sistema penal voltado para a tutela dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico.

Dos dez axiomas idealizados pelo italiano, quatro desses princípios são garantias processuais: o princípio da jurisdicionabilidade (*Nulla culpa sine iudicio*), o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação (*Nullum iudicium sine accusatione*), o princípio do ônus da prova (*Nulla accusatio sine probatione*) e o princípio do contraditório e da ampla defesa (*Nulla probatio sine defensione*).

Além dos quatro citados, existe mais um princípio de suma importância para que realmente vigore um sistema garantista: o princípio da presunção de inocência, que no ordenamento pátrio se encontra esculpido tanto na Constituição como na legislação

infraconstitucional, mais precisamente no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88 e no artigo 283, caput, do Código de Processo Penal, respectivamente.

Art. 5º LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

É a partir do princípio do *in dubio pro reo* que se garante, no direito penal mínimo, que nenhum inocente será punido, o que constitui o fim a ser perseguido pelo processo penal, simbolizando o sentido da presunção da não culpabilidade do acusado até a prova em contrário. Assim, a incerteza é resolvida por uma presunção de inocência, conquanto que a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas, mas não das absolvições e das ausências de penas.

No Brasil, todos os princípios processuais citados por Ferrajoli encontram-se alçados à categoria de direitos fundamentais, vez que se acham positivados em nosso texto constitucional, no bojo do artigo 5º - incisos XXXV, XXXVII, LIII, LIV, LV, LVII – integrando, em razão de sua fundamentalidade, a categoria de cláusulas pétreas.

A fundamentalidade é um conceito criado pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy. Em suas palavras:

O significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial. A *fundamentalidade formal* das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário. (ALEXY, 2011, p.520).

Quanto à fundamentalidade substancial ou material, são direitos e normas fundamentais aquelas utilizadas para tomar decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.

Resta claro, então, que os princípios em comento gozam das duas espécies de fundamentalidade idealizadas por Alexy, pois tanto se encontram no ápice da estrutura do ordenamento jurídico, como embasam a estrutura normativa processual básica do Estado,

constituindo verdadeiras pedras angulares do sistema processual penal – e, algumas, também do sistema processual cível e trabalhista.

Todavia, em nosso ordenamento jurídico, certas normas desrespeitam alguns desses axiomas processuais idealizados por Ferrajoli, bem como algumas decisões proferidas por magistrados.

No presente trabalho, serão analisadas algumas legislações e julgados que desrespeitam os axiomas garantistas, impedindo, portanto, que o nosso Estado se amolde a um sistema penal pautado no direito penal mínimo e, em consequência, em nossa Constituição.

4.1.1 Da discricionariedade exacerbada do artigo 312 do Código de Processo Penal.

O artigo 312 do Código de Processo Penal traz em seu bojo os requisitos fáticos aptos a ensejar, no decorrer do processo ou da fase pré-processual, a prisão preventiva.

Em nosso ordenamento jurídico, a prisão preventiva tem a finalidade de impedir que eventuais ações realizadas pelo suposto agente criminoso e/ou terceiros coloquem em risco a efetividade da fase investigatória ou processual.

Saliente-se que, no nosso país, a partir da Lei nº 12.403/11 a prisão preventiva passou – na teoria – a ter caráter de *ultima ratio*, dado que foram implantadas, por meio da alteração realizada pela supracitada lei, as medidas cautelares distintas da prisão, com claro viés garantista, como a monitoração eletrônica ou o comparecimento periódico em juízo.

Nesse sentido, leciona Pacelli:

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade. (PACELLI, 2012, p. 542).

Dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal - CPP, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. (art. 282, § 4º).

Da leitura do dispositivo acima, percebe-se como é gritante o desrespeito aos preceitos garantistas em dois dos requisitos motivadores da prisão preventiva: ao ser decretada como garantia da ordem econômica ou como garantia da ordem pública. A primeira hipótese lesa o princípio da necessidade, e o segundo, ao deixar uma grande margem de discricionariedade ao utilizar o termo “ordem pública”, também vai de encontro aos ensinamentos de Ferrajoli.

As críticas ao requisito da ordem econômica se dão pela falta de proporcionalidade da ação, pois não é razoável cercear um direito individual tão importante, como a liberdade, quando poderiam ser realizadas outras medidas cautelares para a consecução do mesmo fim: proteger a ordem econômica, como, por exemplo, a restrição dos bens patrimoniais do acusado, pois, se o réu representa um perigo à ordem econômica, depreende-se que esse risco se dá em razão do seu capital.

Uma síntese dessa esteira argumentativa pode ser encontrada nas palavras de Eugenio Pacelli:

Parece-nos, contudo, que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas.

Se, no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública, já prevista antes da Lei nº 8.884/94. Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica). (PACELLI, 2012, p. 548).

Ademais, insta salientar que uma medida cautelar que tivesse o condão de afastar de maneira temporária os bens do acusado não iria de encontro aos ensinamentos de Ferrajoli, vez que, para ele, os bens fundamentais que o direito penal deve tutelar não são apenas de natureza individual, mas também os bens jurídicos de natureza social e coletiva.

Assim, são válidas as medidas cautelares que visem proteger os bens jurídicos de maneira cautelar, desde que a medida seja necessária, e, portanto, proporcional, respeitando os

axiomas garantistas, o que é o caso de uma cautelar cuja sanção é a restrição de parte do direito de propriedade (bens), o que não ocorre quando a restrição imposta é a do cerceamento da liberdade do acusado.

Seguindo nessa linha de pensamento, explica Douglas Fischer:

Em síntese, do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre acorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. (FISCHER, 2016,p.32).

Já em relação à motivação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, o que ocorre é um grande espaço de discricionariedade, que vai de encontro aos ensinamentos garantistas, que buscam, justamente, diminuí-la ao máximo.

Para Ferrajoli, é possível estabelecer nas decisões judiciais alguns poderes, como o de verificação, o de conotação e o de disposição.

O *poder de verificação* é aquele exercido em locais mínimos por decisões que se referem estritamente à verdade processual, podendo ser subdividido em um poder de verificação jurídica, quando se tratar de decisões calcadas em matéria jurídica, ou de verificação fática ou de comprovação probatória, que acontecerá quando a análise se debruçar sobre os fatos trazidos à tona no seio do processo.

Já o *poder de conotação* não se refere à legalidade (verdade), mas sim à equidade (conteúdo específico) do juízo, que não é totalmente suprimível, mas no sistema de estrita legalidade SG é utilizado apenas nos fatos exclusiva e exaustivamente taxados na lei, tornando-os assim verificáveis. Dessa forma, quanto mais distante o sistema penal for do sistema SG, mais difícil será que isso aconteça.

Por fim, o poder de disposição é sempre fruto das carências e imperfeições do sistema, estando sempre em contradição com a jurisdição, até porque, pelo poder de disposição, não há um *juris-dictum* mas apenas um *dictum* baseado somente em sua disposição.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o poder de disposição se diferencia do poder de verificação por se manifestar mediante decisões calcadas não sobre a verdade, mas sim sobre

outros valores, extra ou metajurídicos, que o escritor italiano chama em sentido amplo de valores *políticos* ou *ético-políticos*.

E é justamente por isso que o caráter político da atividade judicial advém não de uma opção deontológica ou ideológica, mas sim de um fato que está umbilicalmente ligado ao defeitos presentes nas garantias e às imperfeições estruturais, que se encontram presentes em qualquer ordenamento penal positivo

Nessa esteira:

O *poder judicial de disposição* consiste precisamente nesta “autonomia” do juiz, chamado a integrar depois do fato o pressuposto legal com valorações ético-políticas de natureza discricionária. Tal poder pode ser absoluto, como nos regimes policiais e na justiça do cádi, onde seu exercício não está vinculado à comprovação de nenhuma condição legalmente preestabelecida ou, então, relativo, como em todos os casos nos quais a regra semântica da estrita legalidade só não é satisfeita em certa medida. Está claro que, no primeiro caso, dissolve e, no segundo, debilita não apenas as garantias penais exigidas pela estrita legalidade, mas também aquelas processuais exigidas pela estrita jurisdiccionarietà: na realidade, acusações como as de “obsceno”, “subversivo” ou “inimigo do povo” – ou inclusive “ultraje”, “desacato”, “plágio”, “atentado” e similares – não só impedem a verificação, mas também a defesa, pois equivalem a caixas vazias ou semivazias, preenchidas potestativamente pelo juiz ao teor de juízo *constitutivos* e não simplesmente *declarativos* dos tipos puníveis. (FERRAJOLI, 2002, p. 137).

É justamente isso o que acontece com o requisito da prisão preventiva ser decretada para manter a ordem pública: por sua definição ser extremamente abstrata e larga, confere-se uma grande discricionarietà ao magistrado e ao órgão acusador, uma vez que não existe no ordenamento um conceito do que seria uma ameaça à ordem pública; assim, tudo pode ser fundamentado em sua ameaça, o que gera uma insegurança para o acusado, que não é própria de um Estado Democrático de Direito, ainda mais um Estado cuja constituição prevê inúmeras garantias penais visando um processo penal mínimo e que realize efetivamente a tutela jurisdicional.

Nesse sentido, coaduna-se a opinião de Pacelli:

a expressão *garantia da ordem pública*, toda, é de difícilíssima definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem. (PACELLI, 2012, p. 549).

Ademais, é notório que a prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública, ao contrário das possibilidades de prisão preventiva, não visa proteger a instrução processual ou

pré-processual, mas sim a própria comunidade, coletivamente considerada, o que vai de encontro ao pensamento de Ferrajoli de que o direito penal e processual penal devem visar proteger o mais fraco; todavia, nessa situação de perigo à ordem pública, o mais fraco não é a comunidade ou a coletividade, mas sim o indivíduo, sujeito de direitos, e que tem sua liberdade cerceada antecipadamente, sem nem ainda ter se aferido se foi ou não realmente considerado culpado através de um processo em que se tenha respeitado todas as garantias processuais inerentes a um Estado de Direito.

4.1.2 Do desrespeito da jurisprudência as garantias penais. Necessidade de um giro interpretativo para a aplicação da teoria garantista em *terrae brasilis*.

Para que seja aplicado em um ordenamento o sistema SG, é necessária não só a positivação das garantias penais e processuais, como já ocorre em nosso Estado, ou a sua observância em toda a atividade legiferante, tema já abordado aqui ao sugerir a extinção de alguns tipos penais e a extinção de alguns requisitos fundantes da decretação da prisão preventiva, mas também uma real aplicação dessas garantias por parte dos magistrados no seio da atividade jurisdicional.

O grande desafio para que haja um sistema garantista é justamente como irão decidir os juízes quando utilizarem o poder de disposição, uma vez que o poder judicial, à medida que é também um poder de disposição, baseia-se, nos sistemas constitucionalmente positivos, nos princípios da estrita legalidade e da estrita jurisdicionariedade.

O fato de existirem decisões penais pautadas no poder de disposição não impede a sua justificação. Nesses casos, apenas não haverá uma justificação baseada em afirmações cognitivas, passíveis de verificação e refutação, mas sim sua realização a partir de juízos de valor não vinculados a previsões taxativas. Tais juízos são, para Ferrajoli, suscetíveis de argumentação e de controle conforme critérios pragmáticos de aceitação. Esses critérios são os princípios gerais presentes no ordenamento, que estão normalmente expressos em enunciados da Constituição e das leis, ou implícitos e extraíveis mediante elaboração doutrinária.

Naturalmente, ainda que dotados de valor normativo, os princípios gerais utilizados como critérios para argumentar o exercício do poder de disposição não têm mais do que uma capacidade extremamente debilitada de vinculação das decisões. Na realidade, operam não (como critérios de decisão) sobre a

verdade ou sobre a equidade, isto é, sobre a correspondência empírica, ainda que só aproximativa, entre as motivações aceitas e os fatos e as leis, senão diretamente como (critérios de decisão sobre) valores de justiça substancial, não definíveis em abstrato e, em certas ocasiões, incompatíveis entre si. Exigem, portanto, escolhas e valorações irredutivelmente discricionárias, que remetem à responsabilidade política e moral dos juízes. Precisamente, esta responsabilidade, ligada imediatamente aos valores de justiça substancial, expressos pelos princípios gerais é precisamente, com efeito, a de orientar politicamente as decisões e permitir sua valoração e seu controle cada vez que a verdade processual seja em todo ou em parte indeterminada. Pode-se, inclusive, dizer que um sistema penal será tanto mais próximo ao modelo garantista do direito penal mínimo quanto mais esteja em condições de expressar princípios gerais idôneos para servirem como critérios pragmáticos de aceitação ou de repulsa das decisões nas quais se expressa o poder judicial, em particular o de disposição. (FERRAJOLI, 2002, p. 139).

Assim, ao passo que os princípios gerais são criações doutrinárias elaboradas sobre normas ou sobre um conjunto de normas, a riqueza de princípios estará intrinsecamente ligada não apenas aos valores de justiça material incorporados no ordenamento, mas também à criação científica e jurisprudencial realizada pelos juristas do Estado.

Explicita o jusfilósofo italiano que por mais que o sistema penal adira ao modelo cognitivista e garantista, jamais será de fato um sistema completamente fechado, exigindo sempre, para o seu real funcionamento, heterointegrações baseadas na autonomia e discricionariiedade do intérprete.

Assim, a utilização dos princípios gerais de direito, para embasar os espaços discricionários criados pelo poder de disposição, em um Estado Democrático de Direito e em um Estado garantista, é uma forma de observância do princípio da estrita legalidade e do princípio da estrita jurisdicionariiedade.

Ademais, visando diminuir possíveis efeitos lesivos aos mais fracos, que, no processo penal, são os acusados – os quais podem estar sendo injustamente acusados, ou seja, serem inocentes - a atividade discricionária do juiz, o seu poder de disposição, tem, em nosso ordenamento jurídico, em nossa Constituição, bem como no sistema SG idealizado por Ferrajoli, um vetor interpretativo, qual seja, o princípio da presunção da inocência.

Acerca do supracitado princípio, leciona Aury Lopes Jr:

Em suma: a presunção de inocência impõe um verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas

restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?)

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção da inocência. (LOPES JR, 2016, p. 75-76).

Todavia, infelizmente, não é isso que vem acontecendo em *terrae brasilis*, onde, na verdade, configura-se o inverso, o que solapa a nossa Constituição, garantista desde o nascimento. O princípio da presunção da inocência vem sendo rotineiramente lesado em nossos tribunais, seja quando se decreta uma prisão preventiva fundamentada na manutenção da ordem pública, ou quando se requer que o acusado prove a sua inocência.

No sentido de desrespeito ao princípio e vetor interpretativo da presunção de inocência, podemos utilizar como exemplo a decisão polêmica e, para muitos, inconstitucional, proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF no Habeas Corpus 126.292, bem como nas ADC 43 e 44 que entendeu ser possível a execução provisória antes do trânsito em julgado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Por mais que os Ministros tenham entendido que não há na execução provisória da pena uma afronta ao princípio constitucional da presunção da inocência, não é isso que é possível de se inferir da leitura do artigo 5º, inciso LVII de nossa Constituição: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, pois o texto constitucional é claro ao expressar que só é possível culpar alguém após o trânsito em

julgado, o que acontece somente após o julgamento em todas as instâncias possíveis, o qual, dependendo da ação penal, poderá ser na 1ª, na 2ª ou nas instâncias superiores.

Ademais, o referido princípio também se encontra positivado no ordenamento no Código de Processo Penal, em seu artigo 283, *in verbis*:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Esse artigo corrobora e acrescenta proteção ao princípio da presunção da inocência, que passa a ser positivado constitucional e infra-constitucionalmente.

Nesse sentido, ensina Pacelli:

De todo modo, a nova redação do art. 283, do CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, *em face de nossas determinações constitucionais*, das quais podemos até discordar; jamais descumprir. (PACELLI, 2012, p. 493).

A partir de tudo quanto foi exposto, é nítida a necessidade de um giro interpretativo em nossos tribunais, para que a nossa Constituição e, em consequência, os preceitos garantistas idealizados por Ferrajoli, passem a ser efetivamente utilizados, gerando, assim, um processo penal garantista e legitimado para condenar aqueles que forem condenados.

CAPÍTULO 5 - METODOLOGIA

O presente trabalho de conclusão de curso utilizou como metodologia a análise bibliográfica e a análise documental. A análise bibliográfica se deu principalmente em relação a análise do livro “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal” do escritor Luigi Ferrajoli, pois o trabalho busca justamente analisar o cabimento e os desafios para a implantação da teoria garantista no Brasil. Não obstante, foram utilizados outros livros com o intuito de complementar o trabalho.

Já a análise documental foi realizada através de um estudo de artigos da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Contravenções Penais e de decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, com o fito de aferir o porque dos artigos estudados serem ou não serem um óbice a implantação da teoria do garantismo penal em *terrae brasilis*, bem como, quando foi o caso, explicitar os motivos dos textos normativos não se enquadrarem na teoria garantista.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo quando foi exposto no presente trabalho, é possível chegar a três conclusões acerca da temática do garantismo penal em nosso Estado Democrático de Direito.

A primeira conclusão é a de que o nosso Estado, desde a Constituição de 1988, conhecida popularmente como Constituição cidadã, em razão das inúmeras garantias que trouxe, é um Estado – na teoria, frise-se – garantista, pois, sete de dez dos axiomas garantistas encontram-se positivados em nossa Carta constitucional e, mais, gozando de uma hierarquia superior, em razão de sua fundamentalidade material e formal.

É necessário ressaltar a grande quantidade de incisos do artigo 5º que não são diretamente positivados dos princípios, mas derivações de um ou de mais de um dos princípios que versam respectivamente sobre a inadmissibilidade de penas desumanas, como a de banimento e a de caráter perpétuo, e acerca da inadmissibilidade de provas ilícitas.

Já os únicos princípios que não se encontram positivados também como direitos fundamentais por nossa Constituição são os princípios da lesividade, da necessidade e da materialidade, que, todavia, encontram-se ou na legislação infraconstitucional, como o princípio da materialidade, ou são amplamente lecionadas pela doutrina penal, como é o caso dos princípios da lesividade e do princípio da necessidade.

A segunda conclusão que pode ser retirada da leitura desse trabalho é que, por mais que o Brasil tenha uma Constituição garantista, a sua legislação infraconstitucional penal e processual penal é extremamente atrasada e antigarantista, muito em razão de seu Código Penal e Código Processual Penal terem sido criados em meados do século passado, mais precisamente em 1940 e 1941, respectivamente, época em que não eram tão discutidas as garantias individuais e sociais dos cidadãos, que, efetivamente, passaram a ser debatidas a partir do fim da 2ª Guerra Mundial.

É nesse toar que podemos ver em nosso ordenamento jurídico tipos penais que não deveriam existir, em razão de sua nítida afronta aos postulados da necessidade e da ofensividade, e que, portanto, poderiam ser tutelados por outra área que não o direito penal. À guisa de exemplo, cite-se a lei de contravenções penais e os inúmeros crimes de perigo abstrato que se encontram tipificados no Código Penal.

Na seara processual penal, a permanência da vigência de alguns critérios para a decretação de prisão preventiva demonstram o atraso ainda persistente nesse ramo do direito. Um desses critérios - decretação da preventiva para manutenção da ordem econômica - é

extremamente desproporcional, vez que o indivíduo tem sua liberdade cerceada, quando poderia ter o seus bens apreendidos, medida que seria muito menos lesiva e proporcional ao bem que se deseja proteger: a ordem econômica; outro critério – a prisão preventiva para manutenção da ordem pública -, em razão de ser um conceito extremamente aberto, gera uma discricionariedade enorme, o que fere o princípio da jurisdiccionabilidade e o princípio da legalidade.

Por fim, há, em *terrae brasilis*, um grande desrespeito, por parte dos tribunais, ao princípio da presunção de inocência (presunção de não culpabilidade), que funciona como vetor interpretativo no processo penal, buscando, justamente, fazer com que alguns espaços de discricionariedades que são inerentes às decisões judiciais devam ser preenchidos a partir de uma análise que tome como base o supracitado princípio.

Esse desrespeito ao princípio da presunção da inocência é tão grande que, como já demonstrado no capítulo anterior, até o Supremo Tribunal Federal – STF, em decisão do HC XXX, entendeu que não lesaria o princípio da presunção da inocência a execução provisória da pena, mesmo sendo clara a flagrante inconstitucionalidade da decisão ao se ler o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal e o artigo 283 do Código de Processo Penal.

A terceira e última conclusão é a de que o Brasil, em razão de sua Constituição, é um Estado Garantista; todavia, em razão de sua legislação infraconstitucional e da falta de efetividade dos axiomas garantistas, esse garantismo, que deveria irradiar da Constituição para o resto do ordenamento jurídico pátrio, limita-se à teoria, restando inefetivo.

O presente trabalho buscou, justamente, tentar trazer algumas soluções para que o nosso Estado possa iniciar um sistema de direito penal mínimo, elencando, como necessário para tanto, o respeito aos dez axiomas garantistas, a observância do princípio e vetor interpretativo da presunção da inocência, bem como algumas reformas de direito material, quais sejam: extinção ou alteração dos tipos penais de perigo abstrato para de perigo concreto, a extinção das contravenções penais, a remoção de alguns tipos penais que em razão de sua mínima ofensividade não deveriam ser tutelados pelo direito penal.

Além disso, seriam também necessárias algumas reformas de cunho processual, como a extinção de alguns dos requisitos da prisão preventiva, e a necessidade de um giro interpretativo por parte dos nossos tribunais para que voltem a utilizar efetivamente o princípio da presunção da inocência.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2016
- BRASIL. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.: Código Penal*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.
- BRASIL. *Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.: Código de Processo Penal*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.
- BRASIL. *Decreto-lei Nº 3.688, de 3 de Outubro de 1941.: Lei de Contravenções Penais*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 11 out. 2016
- CARVALHO, Salo de. *Anti manual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- CIDH, *Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Capítulo V*. Disponível na internet em: <<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=533&IID=4>>. Acesso em: 11 out. 2016
- CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, COSTA RICA, Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte especial*. 7. ed. Salvador: Juspodvm, 2015
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FISCHER, Douglas. *O que é Garantismo Penal (integral)?* Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/61264206/GARANTISMO-Douglas-Fischer>>. Acesso em: 11 out. 2016.
- IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, [s.l.], v. 3, n. 1, p.34-41, 30 jun. 2011. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2011.31.04>. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733/1757>>. Acesso em: 11 out. 2016
- KANASHIRO, Aurea Regina (Org.). *Minidicionário Moderna da língua portuguesa*. São Paulo: Moderna, 2010
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal, volume 2: Parte especial, arts 121 a 249*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* 10. ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2009.

STIPP, Alvaro. *Garantismo*. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>>. Acesso em: 11 out. 2016.