

## RAZÃO PENAL E GARANTISMO NO PROCESSO DECISÓRIO DA MODERNIDADE CRIMINAL

CRIMINAL REASONING AND GUARANTEES IN THE DECISION-MAKING PROCESS OF CRIMINAL MODERNITY

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza\*  
José Ailton Garcia\*\*

\*Pós-Doutora em Direito e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Doutora em Educação e Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Especialista em Combate à corrupção: prevenção e repressão aos desvios de recursos públicos pela Faculdade Estácio CERS. Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Municipal pela UNIDERP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes - UNIT. Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Professora Titular de Graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes. E-mail: patncss@gmail.com

\*\*Doutor e mestre em Direito Processual Civil pela FADISP. Professor convidado na Pós-Graduação da PUC SP Cogea, da FAAP SP, da Universidade Cândido Mendes/RJ, da Proordem de Goiânia/GO e da Escola Superior de Advocacia - ESA. E-mail: dr.ailton@terra.com.br

**Como citar:** SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; GARCIA, José Ailton. Razão penal e garantismo no processo decisório da modernidade criminal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 107-126, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 107. ISSN: 1980-511X.

**Resumo:** O presente artigo tem como tema razão penal e garantismo no processo decisório da modernidade, cujo objetivo foi discorrer sobre o direito penal no contexto da modernidade, sobre a razão penal e a pretensão punitiva do Estado, além do contexto constitucional do direito penal garantista. Para tanto, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório, através de livros, artigos e legislações. Ao fim, concluiu-se que o Brasil se encaixa em um modelo de Estado de direito social, que prima pela intervenção mínima do Poder Público nas liberdades individuais, com base na legalidade e demais garantias tuteladas pela Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** Garantismo. Processo decisório. Razão penal.

**Abstract:** This paper has as its theme criminal reasoning and guarantees in the decision-making process from the perspective of modern era ideas. This study's objective is to discuss criminal law, criminal reasoning the punitive claim of the State, and the constitutional context of criminal law. To this end, this paper utilizes bibliographic research of an exploratory nature, with books, articles, and legislations. Finally, this research concludes that Brazil fits into a model of social rule, which is based on the minimum intervention of the Public Power in individual freedoms, specifically based on the principle of legality and other guarantees protected by the Brazilian Federal Constitution of 1988.

**Keywords:** Guaranty. Decision-making process. Criminal reason.

## INTRODUÇÃO

Partindo-se do pressuposto de que “O homem é a medida de todas as coisas” vê-se que esse precisa viver em sociedade. Logo, toda sociedade para harmonizar os indivíduos que a compõe tem de ser submetida a sanções pela conduta considerada socialmente imprópria, daí a existência das penas desde os tempos imemoriais e primitivos como uma forma de promover a convivência social. Contudo, com a evolução da sociedade, as penas também evoluíram e foram reformuladas.

Existiram, a título de exemplo, penas cruéis, que se dividem em penas de morte, de açoites e mutilação, os castigos corporais e outros diversos tipos de repressão penal. Havia também a pena de perda do patrimônio que alcançava os descendentes do infrator, pois a pena ainda não tinha o caráter personalíssimo que tem hoje. No Brasil, Tiradentes foi condenado pelo crime de Lesa Majestade e sua pena foi cruel e chegou até à pessoa de seus descendentes.

Antes mesmo da vingança privada, houve a época de vínculo totêmico, em que se acreditava que caso não ocorresse punição ao autor de um delito, os Deuses enviariam pragas, chuvas, terremotos, vulcões em erupção, ligação entre os indivíduos pela mágica e pelo místico, sendo que as sanções eram desproporcionais e não tinham o caráter punitivo que viria a nascer posteriormente.

Após a época do vínculo totêmico, segue-se à vingança privada ou vínculo de sangue, em que a própria comunidade se dirigia ao autor da conduta criminosa, nascendo o que se entende de “fazer justiça com as próprias mãos”. Materializando-se com a lei do talião, como uma ferramenta moderadora da pena, em que era aplicada ao infrator o mesmo mal que ele tivesse causado à vítima, de forma proporcional. Nesta mesma linha, não se pode deixar de mencionar a adoção do código de Hamurabi, da Lei das XII Tábuas, do Código de Manu e etc. Não se pode olvidar a relevância e o reflexo evolutivo na história do Direito Penal do Talião em razão de estabelecer limites e critérios para a punição. As penas eram desproporcionais e geravam maior violência, razão por que surge a terceira fase chamada de vingança pública, em que se escolhia um terceiro para solução do conflito, que geralmente eram os líderes das tribos, de clãs, sendo estes chamados de pretor. Pela ausência de conhecimentos técnicos, assim como pela imparcialidade inexistente, as decisões eram direcionadas a favor das pessoas detentoras de posses.

Mais adiante ocorre a composição que estabelecia a possibilidade de o ofensor comprar sua liberdade, com dinheiro, gado, armas, etc. e sua aplicação estendeu-se entre os povos babilônicos, hebreus, indianos e ainda no Direito Germânico, incluindo indenizações cíveis e multas penais.

Vários pensadores analisaram as razões e formas de penalidades existentes e por consequência passaram a estudar concepções mais pedagógicas da pena. A título de registro histórico, tem-se a figura do sofista Protágoras, na Grécia Clássica, que examinou tais formas de penalização. Para ele o castigo tinha como finalidade a correção do homem infrator. Acreditava ainda que a virtude pode ser ensinada e aprendida. Sendo o homem portador de inteligência, pode ele aprender a virtude. Para Sócrates, opositor ferrenho dos sofistas, não dependia do esforço humano tornar os homens bons.

A ideia que preponderou por muito tempo foi de que a pena e o crime são forças e que a primeira não dá para ser explicada por teorias jurídicas.

Aristóteles defendia que a pena e o crime devem estar interligados à procura de uma justa medida e que o justo estaria na medida certa. Aristóteles defendia a ponderação, desenvolvida pelo mesmo ao tratar da “virtude aristotélica”.

Importante mencionar a dualidade existente na idade média entre a religião e o Estado (pecado e crime) e, conseqüentemente, a pena visava punir o aspecto moral da conduta, ou seja, o pecado. Eram aplicadas penas de forma cruel e desumana aos plebeus e penas de forma branda (multas) aos nobres, cuja responsabilização penal era objetiva e não pessoal como vigora hoje no Brasil.

A modernidade trouxe diversas transformações atreladas ao modelo estatal em que a razão e o arbítrio apresentaram valorização e destaque. O homem, produtor desta modernidade, deixou de ser conduzido por uma divindade dando lugar ao pensamento racional. Há uma transição do teocentrismo para o antropocentrismo. O homem natural passa, neste contexto, para a condição de indivíduo.

Visto que com modernidade foram revistas as formas de punição. O positivismo e a legalidade consubstanciados numa Carta Maior que salvaguarda os direitos fundamentais de cunho principiológico e penal, foram essenciais para assegurar as garantias do indivíduo e do cidadão, evitando-se as penas cruéis, degradantes e reduzindo-se o nível de arbitrariedade, com base numa razão proporcional que está intimamente ligada ao garantismo penal. Tal garantismo não significa abolicionismo, nem uma liberdade selvagem, mas, sim, uma adequação do Poder punitivo do Estado em relação à liberdade do indivíduo.

Tendo em vista os aspectos já descritos, o presente trabalho possui grande relevância para os interessados na área do direito penal e tem por objetivo a abordagem conceitual acerca do tratamento, quanto a forma de penalização do indivíduo advinda com a modernidade, contida na Constituição Federal de 1988 e seus reflexos quanto ao viés sociológico e quanto ao arbítrio, sem olvidar do garantismo que envolve toda a temática.

O Direito Penal é fruto de diversas transformações filosóficas, jurídicas e sociais e será passível de outras, conforme o caráter histórico de evolução social. Seria razoável abolir o Direito penal, utilizar a sua aplicação mínima e extinguir as prisões? Haverá uma resposta satisfatória quanto a forma de punição do Estado em relação aos fatos puníveis, sem se chegar ao arbítrio? Como se falar em arbítrio diante de uma realidade democrática insculpida em uma Constituição Cidadã?

Decerto, há muito tempo o direito penal passa por uma crise de justificação. Essa justificação se divide em duas correntes: a dos garantidores e dos abolicionistas. Os primeiros defendem um discurso que justifica o direito penal, por meio de modelos alternativos de resposta, mesmo que extrapenais, mas sempre institucionalizados e coercitivos. Já os últimos militam em favor de um discurso de total abolição do direito penal, por entendê-lo como ilegítimo, defendendo a aplicação de práticas consensuais e conciliatórias de solução de conflitos.

Para responder a tais indagações e alcançar os objetivos propostos acima, o procedimento metodológico utilizado será o exploratório, a partir das leituras realizadas, através de um referencial teórico obtido em levantamento bibliográfico, como livros, artigos e legislações.

## 1 DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA MODERNIDADE

A percepção de que o homem vive diante de um universo de fatos não compreendidos inteiramente e fora de controle, gera a ideia de que não se pode obter um conhecimento ordenado sobre o aparelhamento social (GIDDENS, 1991, p. 12). Para analisar o fenômeno, não basta inventar novos termos, deve-se olhar novamente para a natureza própria da modernidade que é plena de perigos. Essa constatação tem contribuído para a perda da crença no progresso e para a dissolução de narrativas da história.

A racionalidade, decorrente da modernidade, causou a transformação do homem em seu próprio servo, visto que a própria instituição do capitalismo que não teria efetivamente se desenvolvido sem o uso da razão.

Com o advento do Iluminismo (era da razão), Século das Luzes, os intelectuais da época se mobilizaram no sentido de promover uma reforma social, mormente quanto aos abusos da Igreja e do Estado. Tal movimento trouxe novas ideias que repercutiram, além Europa, na Declaração de Independência dos Estados Unidos e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, esta que teve repercussão global, divisor de água da história. Tudo isso resultando num direito penal mais humanitário, liberal, laico, longe das amarras do catolicismo.

Observa-se que na Revolução Francesa, a burguesia, ao romper com o regime absolutista da época, lutou por Direitos, dentre estes o Direito à Liberdade, direito de primeira geração que parte da premissa de o Estado dever intervir o menos possível na vida privada, refletindo, portanto, na intervenção maior do Estado na sociedade e no Direito Penal.

Nomes importantes como Espinosa, Locke, Montesquieu e Voltaire muito contribuíram para a eclosão desta grande transformação política e social. O Marquês de Beccaria (1999) escreveu “Dos Delitos e das Penas”, obra que se perpetuou até os dias hodiernos por criticar toda uma ordem de atrocidades das penas aplicadas até então, como: tortura, pena de morte e infamantes e toda a sorte de desigualdades.

Com efeito, Beccaria (1999) advogava a legalidade, a proporcionalidade das penas aos delitos, afirmando que o direito de punir deveria ter uma utilidade social, a humanização das penas, a publicidade dos processos, como também a separação do poder judiciário do poder legislativo. Beccaria (1999) acreditava que só boas leis poderiam impedir os abusos. Também se apoiou na ideologia do Contrato Social, desenvolvida por Rousseau (2006) cuja finalidade da pena era evitar a repetição do ato criminoso pelo delinquente e por outros cidadãos, através da certeza da punição e não pelo rigor da Lei.

Deste modo, o indivíduo passa a ser figura preponderante em relação ao Estado, pois esse nada mais é que um instrumento para o indivíduo que o compõe. Assim, novos caminhos estavam

sendo abertos para garantir igualdade e justiça à humanidade.

A pena passa a ter um caráter utilitarista, ou seja, deveria ser aplicada levando em consideração o bem de todos (coletivo) e prevenir para que o agente não volte a delinquir, entendimento defendido por Jeremy Bentham e Stuart Mill. A *contrario sensu*, Kant (2003) e Hegel (2000) pensavam não ser concebível punir um homem como método para procurar outro fim, ou seja, o fim da criminalidade.

Para Kant (2003), o criminoso precisava reconhecer o quanto vale aquilo que fez. A pena seria absoluta (não estaria ligada a nada). Defendia suas ideias com base no imperativo categórico em que a pena seria cumprida por acreditar-se nela e não apenas por imposição da mesma.

Para Hegel (2000), a pena é castigo e tem função reativa, metodológica e dialética (negação tese – síntese – antítese). Relaciona pena e crime. O crime nega o direito e a pena nega o crime e restaura o direito.

O princípio da taxatividade ganha destaque na fase do iluminismo, isto é, só haverá crime quando a conduta estiver emoldurada dentro do tipo penal, sendo que este tipo deve estar disposto em lei (*nullum crimen sine previa legem*).

Neste contexto, relevante foi a escola clássica para o direito penal, visto que foram sistematizados os institutos penais da imputação da pena, da culpabilidade, dentre outros ainda hoje utilizados. O crime e o criminoso não eram os focos principais desta escola. O livre arbítrio foi rejeitado, mas reconhecia o homem como livre e determinista (determinismo biológico e determinismo social). Os maiores expoentes foram Carrara, que desenvolveu um programa de direito criminal, com pressupostos do crime e da culpabilidade do agente, e Feuerbach, que criou o Código Penal da Baviera (1813), dando suporte ao princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*).

Com tais assertivas acerca das Escolas Penais constata-se que esses estudos foram fundamentais para a teorização do arcabouço penal que existe nos tempos hodiernos. Ato contínuo, relevante tratar das teorias da pena (absoluta e relativa).

Destaque-se a função da Teoria absoluta (exerce a pena como castigo atributivo) e da Teoria Relativa (pena com caráter preventivo).

A Teoria Preventiva, mais necessária para o reforço da temática em estudo, abordava a pena como um projeto de transformar e melhorar o indivíduo. Tem-se: a prevenção especial que se dirige àquele indivíduo infrator; a prevenção geral que se dirige a toda a comunidade e pode ser negativa e positiva, sendo a primeira como elemento de ameaça e coerção psicológica, e a segunda consistindo no resgate do sentimento de realidade do direito, sendo um instrumento de reafirmação deste último, e foi defendida posteriormente por Günther Jakobs da escola funcionalista radical.

Indubitável que as variadas formas de concentração do poder político culminaram em desigualdades e injustiça econômica e social, bem como na instrumentalização da classe trabalhadora pela legitimação da inflação legislativa em matéria criminal, ocasionando crise valorativa na sociedade moderna (SIQUEIRA apud PIRES; SALES, 2003).

É cediço que não há consenso sobre a questão da pena. Trata-se de um tema aberto. A

dogmática jurídica não consegue definir a pena como prevenção ou castigo. Há ambiguidade de posicionamentos. Enfim, a pena não dá para ser explicada apenas pelas Teorias Jurídicas. A questão central da pena é a impunidade.

Há de se mencionar ainda o funcionalismo moderado defendido por Roxim que tinha o direito penal como fim eminentemente preventivo.

A escola cartográfica afirmava que o crime deve ser analisado por meio de estatísticas, em razão de ser um fenômeno concreto. Neste mesmo período despontaram como expoentes Lombroso, Ferri e Garófalo, defensores da escola positivista. Tal corrente via o homem como um ser pré-determinado, considerava o criminoso como um doente que precisava ser tratado (aplicação da medida de segurança). Acreditavam que o homem não age por livre arbítrio, mas que há na sua ação a influência de fatores endógenos (hereditários) e exógenos (sociais).

## 2 RAZÃO PENAL E O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

A concepção moderna trouxe em seu bojo a ideia do contrato social para o indivíduo dotado de razão e liberdade. Nesta toada, surge o Estado para resolver problemas sociais, criar e aplicar sanções. Coadunando-se com esta premissa oriunda da modernidade, necessária se faz a observância da legalidade geral e penal, sem olvidar dos preceitos esboçados numa carta de cunho constitucional.

Anthony Giddens (1991, p. 11) define a modernidade, em sua obra “As Consequências da Modernidade”, como um estilo, costume de vida ou organização social que emergiu na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornou mais global em sua influência. Para ele, os homens são inseridos na história como seres, tendo um passado definitivo e um futuro previsível.

É certo que o ser humano, em sua condição mais pretérita, no estado mais natural e primitivo, vivia sem o aparato de qualquer aparelho ou aparelhamento que lhe desse garantia ou segurança nas suas relações interpessoais. Tudo que emergia com o condão de lhe impor dificuldade era resolvido por meio da força bruta, pela sobreposição do mais forte e submissão do mais fraco. Nessa fase evolutiva, o ser humano estava à mercê do arbítrio alheio, mas gozava de plena liberdade, ainda que ameaçada a todo e qualquer tempo. Eram tempos de beligerância.

O modo e as premissas que guiam a percepção da relação estatal com o indivíduo vêm sendo repensadas desde a modernidade (que surge com a razão humana). Na segunda metade do Séc. XVIII – Revolução Francesa X Revolução Americana – surgiram as bases limitadoras do Estado (isto quanto ao Direito Penal).

Nos ensinamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni (2013), o poder punitivo, ainda hoje, configura-se por sua base confiscatória do papel da vítima. Por isto, o Estado detém grande capacidade de decisão nos conflitos e também de arbitrariedade, visto que o “senhor” do Antigo Regime foi substituído pelo poder público, mantendo o mesmo grau de discricionariedade e servindo como importante ferramenta de verticalização social.

Visando maiores garantias e consecuições de fins comuns, o ser humano despoja-se de

parte da sua individualidade, de sua liberdade, para criar um ente chamado Estado, aquele que seria o depositário da confiança de todos e que, em nome da coletividade, faria a consecução do bem comum e livraria todos das usurpações e submissão arbitrária do homem pelo homem, via instrumento da força. Firmou-se, pois, o Contrato Social, teorizado por Jean-Jacques Rousseau (2006), saindo o homem do seu estado natural para o convencional.

Politicamente, o Estado é a expressão de uma condição do Contrato Social, não apenas como um fato histórico. Para Kant (2003), o contrato é um *a priori*, não está vinculado a nenhuma experiência, a nenhum dado histórico.

Rousseau (2006) preconizava a ideia de democracia direta tendo a razão como o guia do homem que abdica de sua liberdade, porém não abdica de tudo para o Estado, reserva algo para si. Do ponto de vista da ciência política, o Estado é oriundo de um consenso e foi concebido com o objetivo número um de garantir a segurança e bem-estar de todos os cidadãos.

Foi em 1603, com o Livro V das Ordenações Filipinas, que foi criado o primeiro Código Penal. O Direito Penal aparece quando se percebe a diferença entre Direito Natural e o Direito Positivo. Sabe-se que o direito penal é formado por um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, levando em consideração os fatos puníveis e as medidas aplicáveis aos infratores. Cabe ao Estado, como mantenedor da ordem e paz da coletividade, descrever tais condutas como infrações penais (tipificação), cominando, em consequência, as respectivas sanções, e estabelecendo todas as regras necessárias à sua aplicação. Tudo isso, também, para garantir liberdade do cidadão, mesmo que tenha ou não cometido um delito, visto que o perigo de viver numa guerra eterna não satisfaz a ninguém.

Então, o Estado, como ente soberano, dotado das abnegações pessoais e jungido ao bem comum, passou a legislar e jurisdizer, deixando de lado a possibilidade da vingança privada, instituindo, em substituição, um sistema legal que dispõe sobre os crimes, as penas e a punição das pessoas infratoras.

Em suas lições, Beccaria (1999, p. 28), ao explicar o direito soberano de punir os delitos, afirma com clareza que as punições estatais recaem em função “da necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares” e que “tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos.”

Neste passo o Estado chamou para si a responsabilidade sobre o direito de punir como cumprimento de uma vontade geral, a fim de que ninguém ficasse ameaçado pelo desarrazoado arbítrio alheio, mas que a liberdade de todos estivesse confiada, de forma indistinta e impessoal ao Estado. Seria a pena, pois, o meio de impedir que o infrator venha a causar novos danos aos concidadãos e o meio de represália (exemplo) para outros que porventura queiram delinquir.

Por seu turno, Achenbach (1991, p. 138), pondera: “Indiscutible es la *imputación individual*, factor *constitutivo* para la fundamentación de la pena, consecuencia jurídica específica, sólo puede determinar en cuanto al contenido a partir de su relación con la pena misma.”

Diante de tais constatações, o Estado não consegue dar respostas satisfatórias a essas mudanças estruturais, sejam de cunho positivistas ou sociológicos. Como ensina Barroso (2009,

p. 274), o mundo perpassou-se por diversas escolas de pensamento, a saber: formalismo, reação antiformalista, positivismo e de volta aos valores.

Caracterizou-se o formalismo pela concepção do mecanicismo do Direito, cuja atividade interpretativa alijava-se da função crítica. Nele, a crítica dava lugar à subsunção do fato à norma, como fruto de pura submissão legal, posto que a norma derivava da vontade geral expressada pelos seus legítimos representantes (Poder Legislativo).

No modelo supra proposto, o exegeta encontrava-se restrito a uma interpretação literal do texto legal, adequando, de forma aritmética, o fato à norma, buscando coadunar seu mister à *mens legis*, ficando o julgador aos lineares ditames da lei fria.

Em contraponto, a reação antiformalista visava a quebra dessa ordem seca, retilínea e formatada para dar lugar a uma interpretação que alcançasse a finalidade da ordem jurídica, como defendido por Rudolph Von Ihering, para o qual o Direito deveria servir para os fins sociais, antes mesmo que aos conceitos e às formas.

O positivismo vem com a ideia de separação do Direito e da Moral, do que é lei oriunda do processo legislativo e do que é a lei natural, chegando, inclusive, a negar a existência o próprio direito natural como instituto jurídico, levando a crer que apenas o positivado (lei escrita) poderia ser considerado direito.

Nessa linha, desenvolveu-se o pensamento no sentido de que o juiz, ao proferir sua decisão, assim o fazia por um ato de escolha dentre as possibilidades que a norma lhe oferece, não estando mecanizado, engessado, tão alinhavado a uma interpretação estritamente linear do texto legal, de forma aritmética, como propunha, *v.g.*, o formalismo.

Expressando essa ideia, Hans Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, propôs que o ato de jurisdizer não seria apenas um ato de conhecimento, de simples aplicação do conteúdo legal ao fato concreto, mas um somatório do ato de conhecimento com o de vontade, que se revela na escolha de uma das inúmeras possibilidades de aplicação da norma ao fato concreto que se lhe põe para julgamento, em defesa das suas ideias, de que havia amplas possibilidades de aplicação do Direito, e não apenas uma.

Nessa senda, a *escola kelseniana* abraça a tese de que, ao se interpretar uma determinada norma, é sempre concedido ao exegeta, ao hermeneuta, ao aplicador do Direito, uma margem, maior ou menor, de liberdade para que, dentro do quadro ou da moldura legal, possa aplicar a norma, fazendo uma mescla entre o ato de conhecimento e o ato de vontade, como fim de uma política de Direito.

Não se trata, pois, de dizer que a norma possui apenas um só sentido, uma resposta pronta e acabada, de via única. Ao contrário, a atividade hermenêutica vai validar tantas quantas possíveis sejam as vias a serem percorridas dentro da moldura legal. Nega-se por completo que a norma possua um sentido singular, que seja mono, com severa exclusão de outros materiais e legalmente possíveis. Mas se afirma que a norma geral possibilita esse prisma de viabilidades dentre os quais será produzida a norma individual adstrita ao quadro legal aplicável ao caso.

No que diz respeito à volta aos valores, esta começa a ganhar corpo com a derrocada do

positivismo jurídico e da supremacia da lei, após os incidentes do holocausto, do fascismo e do nazismo.

De tudo quanto ocorrido, o mais catastrófico é que as premissas da *Teoria Pura do Direito*, criada pelo citado jus filósofo judeu, veio por conferir validade ao próprio sistema nazista, que o perseguira depois, posto que o entendimento de Kelsen era o de que há Direito independente de sua legitimidade.

Assim, perfilhando essa tese, para o Estado Totalitário Nazista, bastava que o ordenamento jurídico amparasse suas ações em leis para que os absurdos [hoje] cometidos fossem legais, eis que, no purismo Kelseniano, todo Estado é de Direito, independente da ordem jurídica estabelecida, restando apenas que a norma seja legítima ou justa, posto que o Direito é uma atividade do Estado.

O pós-positivismo, por essas razões, traz os valores de volta ao centro das discussões jurídicas, excluindo-se da racionalidade purista do positivismo. Neste contexto, decorreu, em boa parte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos que disseminou valores como o da dignidade da pessoa humana, da “normatividade” dos princípios, da argumentação jurídica e da racionalidade prática.

Não se pode hoje pensar, pois, que por ser o Direito uma atribuição Estatal, toda e qualquer lei, desde que tenha vigência e eficácia, poderá indistintamente valer dentro do ordenamento jurídico, principalmente quando afronta absurdamente direitos que são inerentes à condição humana de existência, sem os quais nos tornamos *coisa*, um mero instrumento de realização do Poder pelo Poder, sofrendo as peias de um Estado que não representa a vontade dos administrados, verdadeiros titulares do poder, mas, em contrassenso, utiliza-se do meio idôneo (processo legislativo) para a criação e validação de atos ‘legalmente possíveis’ conquanto órfãos de dignidade e legitimidade, vez que não realizam a verdadeira justiça.

Pensar diferente disso é validar as atrocidades cometidas pelo regime militar no Brasil, ao editar os Atos Institucionais, sem sequer haver a validação do Congresso Nacional (Controle do Poder Executivo), no afã de exercer o poder de forma cada vez mais ampla e sem controle de quem quer que seja, em nome de um fim “maior”: manter a ordem.

Na verdade, os limites do direito de punir encontram amparo em alguns princípios que vingaram durante a Modernidade. De forma perfunctória, podem-se apresentar três princípios garantistas que delimitam o poder punitivo do Estado. O primeiro, o Princípio da Estrita Legalidade, seria a única forma de prevenir delitos racionalmente, indicando preventivamente os tipos penais em sede de ameaça legal, ou seja, só podem ser prevenidas e combatidas as ações previstas e não aquelas imprevistas, mesmo que danosas.

O segundo, o Princípio da Materialidade dos Delitos, onde seria possível prevenir delitos somente quando as ações fossem expressadas por comportamentos exteriores, e não em estados de ânimos interiores, ou situações subjetivas, como maldade, periculosidade, infidelidade, imoralidade, anormalidade psicofísica ou similares.

E o terceiro, o Princípio da Culpabilidade e Responsabilidade Pessoal, onde as ações passíveis de prevenção por meio da ameaça penal são somente aquelas culpáveis e voluntárias, e não

as inculpáveis decorrentes da involuntariedade de caso fortuito, da força maior ou ato de terceiros; a culpabilidade, a seu turno, trabalha com a ideia de dolo ou culpa, vedando a responsabilidade penal objetiva. A Constituição Federal ao estabelecer, em seu art. 5º, XLV e XLVI, que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, consagrou o princípio da pessoalidade que impede a punição por fato alheio como pode ocorrer em outros ramos do direito.

Tais parâmetros expostos acima são essenciais para se evitar o arbítrio por parte do Estado, posto que os atos e as práticas da Administração devem estar em compasso com os desígnios de uma sociedade, decorrentes de um contrato social objeto da criação do Estado.

### 3 CONTEXTO CONSTITUCIONAL E O GARANTISMO PENAL

Com o Estado Moderno emerge uma nova ideologia fundada na Constituição, na separação dos poderes e nos direitos individuais. A Constituição de 1988 assegurou princípios que compreendem o Direito Penal, incorpora valores superiores que envolvem a comunidade, expressando ideais de liberdade e democracia que compõem o Estado.

Alvissareiro é o chamado Estado Constitucional de Direito, eis que impõe submissão constitucional ao princípio da legalidade, fazendo com que o ordenamento jurídico tenha como condição de validade a própria Constituição. As leis e outras normas juridicamente postas perpassam pelo filtro constitucional de validação, seja pela sua faceta formal, que operará sob o prisma da formalidade, seja pela outra faceta, a material, que condicionará o conteúdo normativo-jurídico à compatibilidade constitucional.

No que tange à normatividade da Constituição, tem-se que tais normas se sobrepõem as normas jurídicas, sobre ela recaindo a possibilidade de impingir o regramento ali posto a todas as demais leis que compõem o conjunto normativo, como condição de validade destas últimas.

O Estado Constitucional de Direito impõe, também, uma mudança nos textos constitucionais mais modernos, pois não mais estão limitados a trazer consigo as bases da organização estatal, passando a imprimir-lhe valores de efeitos concretos até então não abordados, por influência positivista.

Do ponto de vista material, dois são os pontos que merecem destaque: a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, com maior atenção para a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a expansão dos conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas encontradas no sistema constitucional vigente.

Já a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica deflui dos sistemas que adotam o modelo de Constituição rígida, nos quais a modificação do conteúdo constitucional está adstrita a regras específicas e a processo legislativo especial, agravado por maiores imposições.

No modelo de rigidez constitucional, há distinção entre as leis constitucionais, que são superiores, e as leis comuns, inferiores, entre as quais há uma relação de hierarquia, com destaque para as primeiras, que se apresentam no topo hierárquico normativo.

Com relação à centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, como decorre da literalidade

textual, a Constituição se encontra no centro do ordenamento jurídico, devendo as demais leis que compõem os diversos ramos do Direito buscar compreensão e interpretação conforme a Norma Maior.

É de se ver que esses valores estão espalhados na Constituição Federal de 1988, desde o seu preâmbulo, onde se destacam: assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias; a dignidade da pessoa humana; a prevalência dos direitos humanos; o pluralismo político; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; o repúdio ao terrorismo e ao racismo; os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados.

Essa imensa carga de valores é o fruto de uma sociedade que sofreu com o regime ditatorial e, ao mesmo tempo, aprendeu com o sofrimento dos que foram massacrados pelo nazismo e pelo fascismo. Não poderia ser outro o texto constitucional advindo dessa sociedade que não fosse a mais garantista possível, e que elevasse esses valores ao patamar de norma jurídica com absoluta superioridade hierárquica.

O direito penal caracteriza-se pela mínima intervenção e pela máxima garantia dos direitos individuais fundamentais, tendo por função defender os direitos humanos positivados nas Constituições e no direito internacional. O Estado de Direito na democracia é essencialmente garantista. Logo, o garantismo penal assume papel fundamental onde sustenta o direito penal e leva às garantias positivadas colocando-as ao alcance dos indivíduos (CARVALHO, 1999, p. 752). Com efeito, a conquista da valoração da pessoa humana constitui um bem da civilização contemporânea que não pode ser destruído ou minimizado.

Neste momento, é notória a relevância da distinção ideológica entre as justificativas (garantismo penal e abolicionismo) do direito penal.

O garantismo penal, criado por Luigi Ferrajoli (2002), com fonte no pensamento iluminista, é uma doutrina justificacionista. O garantismo propõe um modelo apto a evitar a vingança privada, por meio de procedimentos e condições para a imposição da pena, discutindo, assim, a qualidade, os limites, as condições e os momentos de sua imposição, a fim de limitar requisitos segundo os quais ela poderá ser considerada legítima.

O que se defende é o Direito Penal Mínimo, tendo em vista a ciência do prejuízo ocasionado por sua aplicação e a necessidade de encontrar meios de solucionar conflitos. Assim, o Direito Penal precisa de legitimação externa (contratualismo) e legitimação interna (princípios constitucionais).

Diante do movimento de lei e ordem, bem como pela seletividade do sistema penal, a falência da prisão e a ilusão sobre a imparcialidade do juiz, surge a doutrina abolicionista. Fundada por Louk Hulsman e Celis (1999), o abolicionismo milita pela total extinção da pena, com a substituição desta ferramenta por outros instrumentos não institucionalizados nem coercitivos de

resposta aos delitos, mas sim, através da conciliação.

Para Pereira (2014), a contribuição que o abolicionismo trouxe consiste na análise das misérias do Direito Penal, promovendo a conscientização acerca dos conflitos que devem ser sanados, em observação à fragilização do primórdio da dignidade da pessoa humana perante a inadequada aplicação do *jus puniendi* e da prisão.

Ademais, embora sejam doutrinas antagônicas, o diálogo entre o garantismo e o abolicionismo pode gerar duradouros efeitos ao primeiro, uma vez que as críticas abolicionistas ocasionam aperfeiçoamentos ao segundo, tornando-o, assim, mais perceptível e implementável em termos pragmáticos.

Toda vez que surge uma nova tipificação delituosa pelo legislador, impõe-se um ônus à coletividade, em razão da possibilidade de punição sobre todos os cidadãos que vierem a incorrer neste novo tipo penal.

Na atual conjuntura do direito penal, constata-se a dificuldade de encontrar um meio termo entre a tutela da segurança social com as garantias individuais fundamentais da pessoa humana.

Evidencia-se, nesta linha, a essencialidade da presença do Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade, assim também chamado. São conceitos que foram atualizados ao longo do tempo e adquiriram uma nova roupagem. Aristóteles (1985b), em *Ética a Nicômaco*, dizia na teoria do justo meio que o bem é procurar a excelência moral. Se alia à ideia da proporção, sob o ponto de vista do direito penal, no século XVIII. Tal princípio está contido na Carta Cidadã de 1988 de forma implícita, precipuamente no seu preâmbulo. Como ilustração ao excesso legal, vê-se o uso de algemas para os delinquentes que não apresentam periculosidade alguma à sociedade.

O grande fundamento do Princípio da Proporcionalidade é evitar o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados [...]. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 41).

Com fundamento na doutrina alemã, o autor descreve que a proporcionalidade deve compreender: a) adequação: meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) exigibilidade: [...] meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível; c) razoabilidade: as vantagens devem superar as desvantagens (CARVALHO FILHO, 2012, p. 41).

Nas palavras de Zaffaroni (2004, p. 172), “o princípio da humanidade das penas é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente [...] como também qualquer consequência indelével do delito.”

É de se levar em consideração os axiomas contidos na Constituição Federal de 1988 “*Nulum crimen, nulla pena sine legis*” (não há crime sem lei anterior que o defina). Assim, deve-se previamente indagar se realmente houve conduta? Se a mesma é típica? É lícita? O autor é culpado? A instauração da ideia de responsabilidade pessoal – o princípio da personalidade penal – foi algo de suma importância porque este princípio até então era desconhecido. A pena não pode ir além da pessoa do infrator. Todos os enunciados protetivos, de cunho constitucional, relativos ao direito penal, estão em sua maioria insculpidos no art. 5º da Carta Maior.

Valioso ressaltar que a lei regulará a individualização da pena em três fases: a) primeira

fase, cominação: é o trabalho que individualiza a pena; b) segunda fase, aplicação: o juiz levará em consideração para sua aplicação a ação praticada pelo agente contrária as determinações da norma, cabendo-lhe a censura, sem olvidar da participação da vítima; c) terceira fase, execução: é regida pela Lei das Execuções Penais.

O princípio conceitual de que toda violência destrói a si mesma, sua real manifestação se dá no fato de uma violência anular a outra e esta outra se torna jurídica (representada pela pena). Tal princípio está ligado ao Espírito da lei de Montesquieu (1991) em que “A severidade das penas convém melhor ao Governo despótico, cujo princípio é o terror, do que à monarquia e à república, cujo motor é a honra e a moral.”

Na Teoria das Penas Legais – tratado das provas judiciais –, o Juiz lança mão de outros expedientes quando a pena é demasiada. A pena deve ser a expressão do fato social. Além de analisar as causas de aumento e diminuição da pena, sendo analisadas as causas de aumento e diminuição na sua cominação.

O juiz pode valer-se de mecanismos para legitimar e justificar a pena, tais como o princípio da culpabilidade, que condiciona a intervenção estatal ao resultado danoso e o princípio da subjetivação, pelo qual se observa elementos subjetivos na ilicitude, este presente na Lei Maior (art. 5º, LVIII, CF/88) (BRASIL, 2004).

O Estado não pode timbrar o cidadão de culpado enquanto estiver vinculado a um processo. Quanto a passagem de um estado de inocência para de culpa deve se observar: o Princípio da Personalidade da Pena (art. 5º, XLV, da CF); o Princípio da Responsabilidade sobre o fato; e o Princípio da Punibilidade (BRASIL, 2004).

A formação do homem da lei é demasiadamente legalista. Pode-se imaginar enganosamente que a regra é o centro do direito. Na realidade, existem concepções de cunho social e filosófica que influenciam a construção moral do homem.

A Teoria do Garantismo Penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli (2002), na sua obra *Direito e Razão* diz: A Teoria do garantismo penal pressupõe um modelo normativo do direito no qual há um sistema de limites à autoridade punitiva com o fito de conferir maior garantia de liberdade.

Essa Teoria tem por base uma antítese: de um lado as liberdades individuais e de outro o poder punitivo do Estado. Nesse campo, Ferrajoli (2002) defende que o poder punitivo do Estado deve ser minimizado, ao ponto sustentável, e maximizadas as liberdades dos cidadãos. Garantismo é, portanto, o meio termo que se alcança com o Direito Penal diminuído, através de uma política criminal minimalista, o que gera, na visão do jus filósofo, o equilíbrio.

Primeiramente, há que se ter em mente que garantias são direitos, privilégios, isenções e imunidades que a Constituição confere aos cidadãos. O Garantismo é um modelo de política criminal que representa uma releitura do Direito Constitucional, como obviedade de uma Democracia Constitucional, que garante a todos os direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, sociais ou políticos, com sua incidência, necessariamente, no Direito Penal, de onde surgiu e se desenvolveu. Por ser justamente um modelo normativo, o Garantismo pode e deve ser extensivo a todos direitos fundamentais, seja no âmbito social, privado ou público, como meio de proteção.

Grande contribuição para se entender o mecanismo dos métodos punitivos imputados pelo poder Estatal, foi dado por Foucault (2004) no sentido de a pena não ter apenas teor repressivo, mas também da adoção de outras táticas mais brandas, voltadas para a humanização das penas, imputadas de acordo com uma regulamentação legal, precisa e indistinta para todos.

Desta feita, Luigi Ferrajoli (2002) centra o garantismo com base no desequilíbrio entre a liberdade humana e o Poder Estatal. A normatização do Estado deve se voltar para o alcance do direito penal mínimo, em que as liberdades são aumentadas e o poder sancionador é reduzido ao mínimo necessário à manutenção da ordem pública. Não se quer, com isso, pregar o estado criminalmente abolicionista, sem regras, nem mesmo o Estado Antiliberal, extremamente punitivo. Garantismo é um modelo de direito amparado em uma liberdade regrada.

Para se entender isso, essa gama de proteção ao ser humano face o arbítrio estatal (limitação do Poder), há que se relembrar as atrocidades sofridas pelo homem em nome do Estado, as marcas indeléveis do nazismo e do fascismo, aqui no Brasil do regime militar, que, sob justificativa de manutenção da *ordem*, do *sistema*, castravam as mínimas garantias em prol do ideal defendido pelo regime de plantão.

Assim, o Estado não pode mais ser visto como aquele ente sedento por punição, mas, sim, aquele que está limitado na sua condição punitiva justamente pelo garantismo. Isso representa uma nova roupagem ao velho Estado, que um dia foi pensado e defendido por Thomas Hobbes (2006) como sendo o *Leviatã*, uma autoridade máxima, inquestionável, ao qual todos deveriam obediência. Já em Beccaria, como citado anteriormente, o Estado deveria punir porque o fazia justificado na “necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares”.

Ocorre que, em inúmeras vezes, é o Estado que surrupia as mínimas garantias dos cidadãos, sob essa pífia justificativa de fazer justiça, da prestação da segurança aos administrados, de punir os responsáveis, o que se afigura altamente perigoso, pois se esquece de primeiro achar os responsáveis para depois puni-los. É tamanha a necessidade de punir e mostrar à sociedade que o modelo adotado funciona que o Estado, por vezes, ocupa-se mais com a punição do que com a cognição.

Na visão de Ferrajoli (2002), o garantismo, advindo do Direito Constitucional moderno, representa uma larga escala de direitos limitativos a todos os tipos de poder, como sendo um núcleo de proteção conferido aos cidadãos contra os excessos estatais.

Nesse passo, o garantismo penal não passa a ser somente uma garantia de liberdade e imunidade contra o arbítrio, mas uma garantia de verificação da verdade, através do processo de cognição, no qual são veladas todas essas garantias para que se chegue, definitiva e indubitavelmente, à verdade, à certeza.

Aí é que aflora o modelo de Direito Penal mínimo como um modelo garantista, fundado nas balizas do processo de conhecimento, a fim de se ter a garantia da certeza do direito, certeza que é relativa, mas que concebe ao Estado, como titular do direito de punir, e ao acusado, como destinatário das garantias, a certeza de que não serão feitas acusações infundadas, imprecisas.

Então, visa o garantismo a certeza nas imputações fáticas que são perpetradas pelo Estado,

como deve sê-lo, através de um processo de conhecimento, preservando as garantias do acusado, não utilizando o processo como meio de estigmatizar, de rotular, de punir por punir, de punir porque há que se ter culpados, mas de sancionar aquele que realmente cometeu o delito, posto da certeza, ainda que relativa, do fato típico configurado e aclarado no devido processo legal de conhecimento.

Isso não quer fazer crer que o modelo garantista penal só admita o processamento diante da verdade absoluta, eis que inexistente essa verdade, posto ser sempre relativa, já que sujeita à probabilidade, inclusive do erro, o que sempre deve ser considerado pelo Poder Judiciário. O erro é imanente à condição humana e a verdade absoluta, não.

O que se deseja garantir é a verificação da verdade, da forma mais correta e segura em relação ao processo, daí ser o processo de conhecimento uma marca do garantismo (*cognitivismo processual*), a busca da verdade, que não acusa sem a certeza, levando-se em conta a prefalada relatividade da verdade e a sempre presente possibilidade de erro.

Acerca dessa verdade, que não é absoluta, mas um forçoso trabalho de cognição processual, afirmou Ferrajoli (2002), que “um direito penal totalmente com verdade”, se se entender “verdade” em sentido objetivo, representando uma utopia que é tão importante perseguir quanto ilusória e perigoso é acreditar que seja possível alcançar”.

Desta feita, a busca desse garantismo penal, segundo Ferrajoli, pode ser alcançado pelo que ele chama de sistema garantista, que se perfaz em dez axiomas ou dez princípios axiológicos fundamentais, como técnicas de minimização do poder institucionalizado, divididos, sinteticamente, em três grupos de garantias, a saber: Ferrajoli utilizou técnicas de minimização do Poder Institucionalizado do Estado que estão representadas nesses 10 axiomas, de garantias relativas à pena, relativas ao fato ou crime e garantias relativas ao processo. No caso das garantias correlatas à pena: *Nulla poena sine crimine*, não há pena sem a prática do crime, e para que se possa afirmar o cometimento do crime é necessário que ele tenha sido efetivamente perpetrado; *Nullum crimen sine lege*, esse corresponde ao princípio da legalidade, e assim, não há crime sem que haja lei anterior (princípio de anterioridade), escrita e certa. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, não há lei penal sem necessidade, ou seja, sem necessidade não se criam leis penais, é o princípio da necessidade ou princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Em se tratando das garantias correlatas ao delito, têm-se: *Nulla necessitas sine injuria*, ou seja, não há necessidade de aplicação da lei penal sem relevante e concreta (não abstrata) lesão ou perigo de lesão, é o princípio da lesividade, da estrita proteção aos bens jurídicos; *Nulla injuria sine actione*, se não há exteriorização da conduta, não há lesão, é o princípio da exteriorização da ação ou, ainda, da materialidade, não se pune sem ação, só por pensamento ou por adoção de mero estilo de vida, e há que se ter a ação exteriorizada; *Nulla actio sine culpa*, não há ação típica sem dolo ou culpa, é o princípio da culpabilidade e também da responsabilidade pessoal.

Sobre as garantias correlatas ao processo: *Nulla culpa sine judicio* ou o princípio da jurisdicionariedade, a culpa há de ser verificada em regular juízo, e o reconhecimento de culpa é feito pelo órgão judicial, face, inclusive, o monopólio da jurisdição; *Nullum judicium sine*

*accusatione*, ou a acusação não pode ser feita pelo próprio juiz, é o princípio acusatório, pois o juiz não age de ofício, ou da separação entre o juiz e acusação, portanto, não pode reconhecer culpa sem ser provocado. Inicialmente, o juízo é inerte, não produzindo prova diretamente, mas subsidiariamente; *Nulla accusatio sine probatione*, isto é, não há acusação sem o mínimo de prova, pois a acusação é que deve ser provada, não a inocência, é o princípio do ônus da prova (que cabe a quem acusa) ou da verificação; *Nulla probatio sine defensione* ou não há prova válida sem contraditório e defesa, é o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Como visto, Ferrajoli (2002) encadeia os axiomas de forma sucessiva e sistemática para o que chama de regras do jogo fundamental do direito penal ou princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”, que vieram a ser incorporados às Constituições e Codificações do moderno Estado de direito.

Segundo o idealizador da Teoria, *Nulla poena sine crimine*, *Nullum crimen sine lege* e *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* respondem às questões de *quando e como punir*. *Nulla necessitas sine injuria*, *Nulla injuria sine actione* e *Nulla actio sine culpa* respondem às questões de *quando e como proibir*. Já os axiomas da *Nulla culpa sine iudicio*, do *Nullum iudicium sine accusatione*, da *Nulla accusatio sine probatione* e da *Nulla probatio sine defensione* respondem, finalmente, às questões de *quando e como julgar* (FERRAJOLI, 2002).

De forma lógico-sucessiva, expõe que não há pena sem a prática do crime. E para que haja o crime, há que ter lei anterior tipificando a conduta socialmente repreendida. Deve, pois, a conduta justificar a atividade legislativa, porque sem necessidade não se cria a lei penal. Para que essa lei deva ser aplicada, necessária se faz a presença de relevante e concreta lesão ou, no mínimo, de perigo de lesão. Portanto, sem a exteriorização da conduta, não há lesão, pois não se pune sem ação, só por pensamento, eis que pensamento não traduz concretude.

Esse fato concreto de lesão deve ser imputado a alguém, pessoa determinada, para se apontar o culpado. Mas essa culpa só pode ser apontada pelo juízo, pois compete ao órgão judicial o monopólio da jurisdição, logo, só ele pode reconhecer a culpa.

Não obstante a imputação da culpa, a acusação não pode ser feita pelo próprio juiz, pois ele não age de ofício, pois julgar é uma coisa e acusação é outra diversa, devendo o juiz ser provocado para tal fim.

De outra parte, para se acusar alguém, deve-se ter prova do alegado, já que alegar sem provar é o mesmo que não alegar, competindo ao acusador fazer a prova. Essa prova, para seja válida, deve respeitar o contraditório e a ampla defesa, sob pena de invalidade, devendo mais ser obtida de forma legal e não espúria.

Com essa construção lógica, Ferrajoli (2002) aponta que esses dez axiomas vão dar corpo, por silogismo, a quarenta e cinco teoremas que reforçam a tese da utilização prática, e não apenas do “dever-ser”, do garantismo pelo Estado através dos operadores do direito.

## CONCLUSÃO

Interessante notar que o próprio idealizador do garantismo penal aponta que o Estado será mais ou menos garantista o tanto quanto adotar, com maior ou menor aceitação, a teoria em suas Constituições e Codificações.

Nesse contexto, o Brasil se encaixa como um modelo de Estado de direito social, pois veda ações estatais que restrinjam a liberdade dos cidadãos [ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante...] ao tempo em que garantem prestações positivas por parte desse mesmo Estado [o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados...].

Outro ponto diferente apontado por Ferrajoli (2002) está em que o garantismo, embora tenha o condão de juridicidade, traz consigo, ao lado dos aspectos formais, os aspectos substanciais, o que até então estava alijado do processo de avaliação jurídica. Eis um contraponto importante à teoria desenvolvida por Hans Kelsen, para o qual se deve abstrair dos valores.

No entendimento do jus filósofo, encontram-se os pressupostos formais e substanciais presentes na validação do processo de construção da norma jurídica, porque configura maior grau de legitimidade a esta. Não basta só que uma norma seja elaborada e esteja de acordo com os procedimentos formais alinhados previamente pelo ordenamento jurídico. Isso é o que reflete a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen.

Na teoria kelseniana, a validação de uma norma é encontrada em outra norma hierarquicamente superior e temporalmente anterior. Deveria a novel legislação estar concorde com as balizas formalizadas pela lei superior pretérita. É um sistema de derivação contínua, na qual a posterior valida a anterior. Como já se disse, não se busca a justeza da norma jurídica, mas tão somente se era o direito posto (lei) e se advinda daqueles que poderiam produzi-la, ou seja, da autoridade competente, à qual era dado o poder de competência normativa para criar essa expressão de vontade geral.

É nesse ponto que Luigi Ferrajoli (2002) acrescenta o plus da sua teoria, o valor, a materialidade e a substancialidade. Não importa só se a norma obedece aos aspectos formais exigíveis até então. É preciso que ela tenha um valor em si e respeite os valores que compõem o ordenamento jurídico vigente. Eis que, desta forma, haverá solo fértil para o garantismo penal, pois não basta ser lei oriunda do processo legislativo, mas, ser lei substancialmente atinente aos valores defendidos e consagrados no sistema constitucional em vigor.

Enquadramento formal é pouco, deve-se ter o embasamento substancial, essencial como pressuposto de validação. Ferrajoli (2002) acrescenta um novo elemento ao conceito de validade. Para ele, uma norma será válida não apenas pelo seu enquadramento formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e configuram um pressuposto para a sua verificação. Supera-se o modelo formalista e vai-se ao encontro do elemento substancial do universo jurídico.

Daí porque se chama a Teoria do garantismo penal de um modelo normativo do direito

no qual há um sistema de limites à autoridade punitiva com o fito de conferir maior garantia de liberdade. Não se constitui em um só ato, em um só diploma legal, mas numa ideia que deve ser adotada pelo Estado em todo o seu ordenamento jurídico, principalmente o constitucional. É, em resumo, uma garantia jurídica para se asseverar a responsabilidade e a aplicação da pena.

Aqui, a lei inferior é válida quando formalmente realizada, emitida por poder competente, em procedimento previsto, e, máxime, quando não violou a Constituição Federal substancialmente, essencialmente. Não se fere uma lei superior só na sua forma, mas também na sua essência.

Outro ponto de destaque está em que, ao contrário do que apregoou Beccaria para justificar o direito soberano de punir os delitos “na necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares”, Ferrajoli (2002) propõe o cognitivismo processual para garantir a verificação da verdade, da forma mais justa e segura em relação ao processo, na busca da verdade (sempre relativa) e afastamento ao máximo do erro (imaneente à atividade humana).

Disso se defluiu que quanto maior a *vontade* do Estado em praticar o processo de conhecimento, menor será o de estigmatizar, de punir por punir, pois este exercitará as garantias penais ao máximo e reduzirá as chances de erro, fazendo acontecer a verdadeira justiça, através do devido processo penal de mínima incidência e máximas garantias, eis que o processo penal não é um meio de pura repressão, mas de acerto de fato determinado como crime e de sua autoria.

Nesta esteira, pode-se dizer com Warat (1982, p. 48), que a teoria do delito fornece o limite das interpretações legítimas. “Sem a teoria do delito [...] não se pode expressar uma plenitude significativa para nenhum delito, eis que as normas jurídicas não têm, por si só, um sentido pleno.”

Desta forma, a produção de uma ideologia legitimadora do poder punitivo, baseada no garantismo, acompanha, desde o começo, a história do Direito penal moderno (BARATTA, 1986, p. 79-80, 82), no marco de um projeto do “Direito Penal”.

Cumpra dizer que a composição (modernidade, razão penal, constituição e arbítrio) traz um mapeamento filosófico com fundamentos circundantes no aspecto do garantismo ou não do direito penal. A modernidade trouxe consigo ideais de progresso e importantes valores de inspiração humanística. Em seu bojo foram construídos elementos determinantes formados ao longo de sua tradição (Revolução Francesa, quebra do absolutismo, ideias iluministas, ascensão da ciência, declarações de direitos, formação do Estado, ascensão da burguesia, expansão do liberalismo econômico, controle democrático do despotismo político, consolidação do positivismo jurídico) que influenciou as sociedades que sucedeu a este marco histórico, como também trouxe profundas repercussões no mundo do direito em geral, precipuamente do direito penal.

O direito penal moderno consubstanciou uma promessa de racionalização do poder punitivo do Estado como garantia dos direitos individuais do acusado. Na verdade, uma promessa de segurança jurídica, como uma concepção garantidora (cujo ingrediente fundamental é a dicotomia Poder do Estado *em face do* indivíduo).

Diante do exposto, utilizando-se da inteligência do Doutor professor Carlos Alberto Menezes (2008)<sup>1</sup>, infere-se que a experiência jurídica mostra-se desapontada com a promessa de segurança

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Atualmente é professor adjunto III da Universidade Federal de Sergipe. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal. Professor da

jurídica que um dia a razão penal prometeu ao indivíduo, dotado de razão e subjetividade, cuja razão moderna contempla-o como aquele que fez a passagem da dependência para a emancipação, tornando-se capaz de responsabilidades (direitos e deveres). Reconhece-se, então, o caráter limitado do sistema penal que apresenta legitimidade com esteio na garantia da legalidade.

Em última análise, o Direito Penal passou por diversas transformações e será passível de outras, conforme o acompanhamento histórico da evolução social. Não seria plausível abolir o Direito penal, nem abolir as prisões. Entretanto, deve-se garantir a sua utilização mínima, com base na legalidade e demais garantias amparadas pela Carta Magna de 1988. Deve-se ainda promover um profundo debate que envolva não somente os que fazem e aplicam as leis, mas a sociedade como um todo, receptora do sistema que envolve o ordenamento jurídico, no sentido de assegurar aos cidadãos uma razoável garantia jurídica que afaste os mesmos de qualquer tipo de arbítrio por parte do Estado.

## REFERÊNCIAS

- ACHENBACH, Hans. Imputación individual, responsabilidad culpabilidad. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario. Traducción de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.
- ARISTÓTELES. **A política**. Brasília: Editora UnB, 1985a.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora UnB, 1985b.
- BARATTA, Alessandro. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. **Poder y Control**, Barcelona, n. 0, p.77-92, 1986.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos e fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL. **Constituição Federal Brasileira**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.
- CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 76, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de de Raquel Ramalhete. Pós-graduação *strictu sensu* da UFS.

28. ed. São Paulo: Vozes, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HEGEL, Georg. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENEZES, Carlos Alberto. **O limite das exculpantes penais: a inexigibilidade de conduta diversa como topos e solução**. Orientador: Dirceu de Mello. 2008. 199 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1991.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: [http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg\\_ConsAutor.html?AgEventLink170=S119\\_R170\\_140\\_&cod\\_item=5007](http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConsAutor.html?AgEventLink170=S119_R170_140_&cod_item=5007). Acesso em 12 set. 2019.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 295-306, jan./mar 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Pietro Nassetti, São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

**Como citar:** SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; GARCIA, José Ailton. Razão penal e garantismo no processo decisório da modernidade criminal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 3, p. 107-126, dez. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n3p. 107. ISSN: 1980-511X.

Recebido em: 16/08/2019.

Aprovado em: 11/11/2019.