

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

WANDER VYNYCYUS JOSÉ MARIA

**DAS DECISÕES ARBITRÁRIAS AOS AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL: UM
DIÁLOGO COM BECCARIA E FERRAJOLI**

JUIZ DE FORA

2016

WANDER VYNYCYUS JOSÉ MARIA

**DAS DECISÕES ARBITRÁRIAS AOS AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL: UM
DIÁLOGO COM BECCARIA E FERRAJOLI**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor João Beccon de Almeida Neto.

JUIZ DE FORA

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

WANDER VYNYCYUS JOSÉ MARIA

**DAS DECISÕES ARBITRÁRIAS AOS AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL: UM
DIÁLOGO COM BECCARIA E FERRAJOLI**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito e APROVADA pela seguinte banca examinadora:

Professor João Beccon de Almeida Neto (Orientador)

Professor Cristiano Álvares Valladares do Lago

Professor Leandro Oliveira Silva

JUIZ DE FORA

2016

A Deus
À minha família
À minha namorada

RESUMO

No século XVIII, Beccaria (2011) defendeu argumentos que tinham por finalidade o fim das práticas penais arbitrárias de sua época. O autor estabeleceu critérios de aplicação proporcional entre pena e delito, idealizou garantias ao acusado que até então não estavam sendo aplicadas no processo penal de sua época e sustentou que a aplicação da pena não deveria considerar a pessoa do condenado, sendo-lhe atribuída uma pena justa e prevista em lei. Ferrajoli (2002), no século XX, apesar de toda a evolução social da humanidade, publicou uma teoria que tinha como pilares os axiomas do garantismo penal. Por meio de inferências lógicas destas máximas, é possível obter os argumentos defendidos pelo autor. Todavia, apesar do lapso temporal, Ferrajoli (2002) reforça argumentos que já haviam sido apresentados por Beccaria (2011). Sendo assim, será constatado neste Trabalho o motivo da convergência entre os autores, demonstrando que, apesar da obra de Beccaria (2011), as arbitrariedades na esfera penal ainda ocorrem, sendo necessária a propositura dos axiomas do garantismo por Ferrajoli (2002).

Palavras-chave: Garantismo penal, decisões arbitrárias, aplicação racional da pena, axiomas e princípios garantistas.

ABSTRACT

In the eighteenth century, Beccaria (2011) defended arguments which aimed the end of arbitrary criminal practices of his time. The author established criteria of proportional application between punishment and crime, idealized guarantees to the accused that until now were not being applied in criminal proceedings of his time and held that the application of the penalty should not regard the person of the convict, being awarded to him(her) a penalty fair and provided by law. Ferrajoli (2002), in the twentieth century, despite all the social evolution of humanity, published a theory that had as pillars the axioms of criminal garantism. Through logical inferences of these maxims, it is possible to obtain the arguments defended by the author. However, despite the time lapse, Ferrajoli (2002) reinforces arguments that had been presented by Beccaria (2011). Thus, it will be found in this paper the reason of the convergence between the authors, showing that, despite the work of Beccaria (2011), the arbitrariness in criminal sphere still occur, requiring the presentation of the axioms of garantism by Ferrajoli (2002).

Keywords: criminal garantism, arbitrary decisions, rational application of the penalty, axioms and principles of the garantism.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	DOS DELITOS E DAS PENAS	
1.1	Considerações iniciais	11
1.2	Do processo de inquisição à aplicação racional da pena	12
2	DIREITO E RAZÃO: TEORIA DO GARANTISMO PENAL	
2.1	Considerações iniciais	18
2.2	Os axiomas do garantismo	19
2.3	Os princípios garantistas na obra de Beccaria	22
3	DAS DECISÕES ARBITRÁRIAS AOS AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL	
3.1	Da desproporcionalidade das penas às denúncias ao sistema penal irracional	25
3.2	O Garantismo como solução ao Autoritarismo	26
3.3	Das perseguições aos hereges aos princípios da legalidade e da igualdade	27
3.4	Da discricionariedade do julgador ao devido processo legal	29
3.5	Do problema, dos limites e da decidibilidade da verdade processual	31
3.6	Da necessidade de se propor os axiomas do garantismo	34
3.7	Decisões arbitrárias no Brasil?	38
	CONCLUSÃO	43
	REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

Este Trabalho de Conclusão de Curso terá como pilares as seguintes obras: *Dos delitos e das penas* (BECCARIA, 2011) e *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal* (FERRAJOLI, 2002). Este texto tem como objetivo levantar pontos convergentes entre as duas doutrinas através de uma análise crítica das obras supracitadas, considerando também os contextos históricos em que os autores estavam inseridos, determinantes para a elaboração de suas obras e de suas teorias.

A relevância da análise destes pontos de convergência se justifica no fato de que, embora os autores tenham publicado suas obras em contextos históricos distintos, os motivos e as demandas – sociais e jurídicas – que os levaram a idealização de suas teorias eram semelhantes. Ou seja, mesmo com o passar dos séculos, Ferrajoli (2002), no século XX, julgou necessário denunciar as práticas penais abusivas que já haviam sido denunciadas por Beccaria (2011) no século XVIII. Sendo assim, o estudo dos pontos convergentes entre as teorias demonstrará a própria evolução do Direito Penal, tanto no campo do discurso, quanto na sua aplicação prática.

Para a melhor compreensão do contexto histórico de cada obra, serão também analisadas teorias que apresentaram argumentos que foram capazes de influenciar a aplicação da norma penal nos contextos vivenciados pelos autores. Esta análise faz-se necessária para que seja possível a visualização das razões que levaram Beccaria (2011) e Ferrajoli (2002) a proporem as suas teorias.

No primeiro capítulo deste Trabalho, será realizada uma breve apresentação do autor Cesare Beccaria (2011). Esta apresentação terá por finalidade demonstrar que o próprio autor foi vítima do sistema penal de sua época. Este fato deixa clara sua indignação frente ao sistema, sendo um dos fatores que o motivaram a escrever *Dos delitos e das penas* (BECCARIA, 2011). Em seguida, serão explorados os principais argumentos e ideias evidenciados nesta obra, bem como o contexto em que o autor estava inserido, essencial ao entendimento de seu texto.

Com a finalidade de compreensão dos princípios que regiam as práticas penais da época, serão trazidos os ensinamentos contidos no livro *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993). Assim, estas lições serão contrapostas às

ideias de Beccaria (2011), possibilitando a necessária visualização da motivação e da necessidade que teve o autor na concepção de sua obra.

No segundo capítulo, nos mesmos moldes do primeiro, será realizada uma breve apresentação de Luigi Ferrajoli (2002). O livro *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* (FERRAJOLI, 2002) teve por finalidade apresentar a teoria do garantismo, para isso, o autor abordou diversos argumentos. Inicialmente, Ferrajoli (2002) trabalha com os argumentos básicos e introdutórios, porém necessários à compreensão do garantismo. Em seguida, são apresentados os dez axiomas, que são as premissas fundamentais da teoria. Por conseguinte, o autor realiza uma série de inferências lógicas com essas premissas, chegando finalmente aos teoremas. Por fim, é demonstrada a aplicação de todo esse raciocínio na realidade fática.

Os argumentos básicos e introdutórios ao garantismo, bem como as premissas que sustentam esta teoria serão abordados no decorrer do segundo e também do terceiro capítulos. Esta abordagem se justifica pelo fato da compreensão desta teoria ser estritamente necessária aos propósitos deste Trabalho. Sendo impossível desenvolver o raciocínio proposto sem antes compreender a estrutura lógica básica do garantismo penal.

Sendo assim, com a finalidade de melhor delimitar este Trabalho, teremos como foco as premissas fundamentais do garantismo. Todavia, os argumentos básicos necessários à compreensão da teoria não podem ser ignorados, sendo também devidamente explorados.

Deste modo, será demonstrado como cada axioma do garantismo está intrinsecamente ligado a um princípio de Direito Penal Material ou Processual e, ainda, será verificado, ao final do capítulo, se Beccaria (2011) também os idealizou em sua obra, ainda que indiretamente.

Posteriormente, após a necessária análise dos preceitos básicos do garantismo e, tendo como base o texto de Luigi Ferrajoli (2002), por ser este mais recente e muito bem sistematizado, será realizada inicialmente, no terceiro capítulo, uma análise comparativa dos principais pontos de convergência entre estes importantes autores.

Com a constatação da convergência entre os autores será possível realizar a análise das razões que levaram Ferrajoli (2002) à propositura de sua teoria, em especial dos dez axiomas. Para isso, serão também analisadas teorias que

demonstram a realidade fática penal do século XX, contexto em que os axiomas foram apresentados.

Sendo assim, serão analisadas as obras: *Direito Penal do Inimigo* (JAKOBS, 2009) e *Prisões da Miséria* (WACQUANT, 2001). O teoria de Jakobs (2009) será apresentada em contraposição às ideias de Ferrajoli (2002). Demonstrando se os principais argumentos que motivaram Beccaria (2011) a realizar as denúncias às práticas penais de sua época ainda eram defendidos no século XX.

Por fim, para a melhor constatação da realidade fática, serão apresentadas as conclusões da pesquisa científica de Wacquant (2001). Após toda essa análise, será possível verificar se os princípios inquisitoriais, evidenciados no *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993) ainda eram defendidos e aplicados no século XX. Logo, com esta verificação, seremos capazes de compreender o motivo da convergência entre os axiomas propostos por Ferrajoli (2002) no século XX e as concepções de Beccaria (2011), apresentadas no século XVIII. No final do terceiro capítulo, serão ainda analisados alguns julgados que evidenciam a existência de práticas penais arbitrárias no Brasil, demonstrando assim, a relevância das teorias que serão aqui abordadas.

Ademais, é importante ressaltar a importância do tema abordado neste Trabalho de Conclusão de Curso, pois a teoria do garantismo penal possui grande relevância não só no âmbito das Ciências Penais, sendo indispensável à concretização do Estado Democrático de Direito.

1 – DOS DELITOS E DAS PENAS

1.1 – Considerações iniciais

Cesare Beccaria conheceu a realidade carcerária após uma injusta prisão executada por seu próprio pai. Após este evento, aos 26 anos de idade, o autor escreveu o livro *Dos delitos e das penas* (BECCARIA, 2011), relatando e analisando as injustas ocorrências penais da época, como perseguições, torturas, pena de morte, obscuridade das leis e, principalmente, a grande desproporção entre os delitos e as penas.

Beccaria (2011) defende o princípio da igualdade dos cidadãos, ou *súditos*, perante a lei, onde a mesma pena deveria ser aplicada tanto aos mais ricos, quanto aos mais pobres. *Dos delitos e das penas* (BECCARIA, 2011) é uma obra que estimula uma aplicação racional da norma penal, indo de encontro à tradição clássica. Devido a esse fato, Beccaria sofreu inúmeras perseguições de ordem política e religiosa.

O autor viveu no século XVIII, um período marcado pelo auge e pela queda do regime de absolutismo com as grandes revoluções liberais. Neste regime, o monarca tinha todo o poder estatal concentrado em suas mãos, não existindo nenhum fator interno ao Estado que estivesse acima dele.

Nesta época, existia também uma estreita relação entre o Estado e a igreja. A consequência desta relação no contexto do Direito Penal eram os processos de inquisição, onde os indivíduos considerados hereges eram perseguidos e massacrados, estando desprovidos de qualquer garantia.

Os reflexos deste panorama na aplicação da norma penal são os principais alvos das críticas de Beccaria (2011), pois essa aplicação era marcada pelas injustiças e pelas decisões arbitrárias. Duas grandes obras literárias que, embora sendo do século XIX, retratam muito bem a realidade penal vivenciada por Beccaria são *Os miseráveis* (HUGO, 2007) e *O conde de Monte Cristo* (DUMAS, 2008).

Temos nestas obras grandes exemplos das arbitrariedades penais da época. Em *Os miseráveis* (HUGO, 2007), o protagonista da obra, Jean Valjean, é condenado a dezenove anos de prisão por roubar um pão para alimentar a sua irmã e os seus sete sobrinhos que estavam à beira da miséria. Ao ser solto, permanece

sendo perseguido pelo Inspetor Javert, que era um chefe de polícia que não acreditava na reabilitação de um ex-detento e aplicava a norma penal segundo as suas próprias concepções, ou seja, de forma arbitrária.

Enquanto que em *O conde de Monte Cristo* (DUMAS, 2008), o protagonista Edmond Dantès é condenado à prisão perpétua para evitar o risco de um nobre ser acusado de traição à pátria. Essa prisão fora aplicada pelo substituto do procurador do rei, Gérard Villefort, que, mesmo sabendo da inocência de Dantès, aplicou a norma penal para proteger o seu pai, que era o traidor. Temos então mais um exemplo de arbitrariedade da norma penal.

Outro ponto curioso nesta obra é a existência de um presídio, denominado como Château d'If, onde todos os detentos eram inocentes, porém inimigos do governo ou de algum nobre, sendo por isso condenados à pena perpétua e a sofrerem inúmeras torturas e castigos. Isso nos faz lembrar da Teoria do Direito Penal do Inimigo (JAKOBS, 2009), que é combatida pelas ideias de Beccaria (2011), e também de Ferrajoli (2002).

1.2 – Do processo de inquisição à aplicação racional da pena

As duas obras literárias supramencionadas já refletem, por si só, o discurso penal que predominava na época, bem como a predominância do princípio inquisitório. Para melhor compreendermos esta predominância, é necessário que consideremos a teoria de Nicolau Eymerich e Francisco Peñã (1993), contida no livro *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993).

No processo de inquisição, era atribuição do inquisidor a acusação e o julgamento do acusado, bem como caberia ao mesmo proceder com toda a investigação, incluindo os interrogatórios e a oitiva de testemunhas. Cabe ressaltar que “todos os inquisidores deviam ser doutores em Teologia, Direito Canônico e Direito Civil” (EYMERICH; PEÑA, 1993, p. 185), portanto, por estarem na condição de juristas, todos eles tinham conhecimento dos princípios gerais de Direito.

O *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993) apresenta inúmeros procedimentos abusivos e autoritários, inclusive a prática de tortura. Sobre este assunto, Eymerich e Peña (1993) defendem que

Tortura-se o acusado que vacilar nas respostas, afirmando ora uma coisa, ora outra, sempre negando os argumentos mais fortes da acusação. Nestes casos, presume-se que esconde a verdade e que, pressionado pelo interrogatório, entra em contradição. (EYMERICH; PEÑA, 1993, p. 208)

Beccaria (2011) apresenta uma resposta adequada à questão da tortura ao acusado que se contradiz durante o interrogatório.

A tortura aplicada aos supostos réus, quando caem em contradição durante o interrogatório, como se o temor da pena, a incerteza do julgamento, o aparato e a majestade do juiz, a ignorância, comum a quase todos, criminosos e inocentes, não fizessem provavelmente cair em contradição tanto o inocente temeroso como o culpado que procura acobertar-se, como se as contradições, comuns aos homens, quando estão tranquilos, não se multiplicassem na perturbação do espírito, todo absolvido na preocupação de salvar-se do perigo iminente. (BECCARIA, 2011, p. 68)

A prática de tortura era tão comum na época que o acusado que tivesse apenas uma testemunha contra ele era torturado. Da mesma forma, um simples boato era considerado uma “semi-prova”, o que já seria suficiente para legitimar a tortura, tudo com a finalidade de buscar a verdade através da confissão. Percebemos, portanto, a existência da presunção de culpa ao acusado.

Se o réu declarava-se como louco e incapaz de compreender a ilicitude da heresia, o mesmo deveria também ser torturado, pois, de acordo com as palavras de Eymerich e Peña (1993),

A questão de se fingir de louco merece uma atenção especial. E se se tratasse, por acaso, de um louco de verdade? Para ficar com a consciência tranquila, tortura-se o louco, tanto o verdadeiro como o falso. Se não for louco, dificilmente poderá continuar a sua comédia sentindo dor. Se houver dúvidas, e se não se puder saber se se trata mesmo de um louco, de toda maneira, deve-se torturar, pois não há por que temer que o acusado morra durante a tortura. (EYMERICH; PEÑA, 1993, p. 122)

Esta passagem do *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993) deixa clara a inexistência de qualquer garantia à integridade física e, até mesmo, à vida do acusado. Esta questão, entretanto, está longe de ser a única atacada por Beccaria (2011) e, posteriormente, por Ferrajoli (2002).

Outro aspecto abusivo do processo de inquisição e bastante prejudicial ao réu está ligado ao direito à defesa técnica, de importância indiscutível e que integra o direito à ampla defesa. Este direito também não estaria garantido ao acusado, pois nas palavras de Eymerich e Peña (1993, p. 137), “o fato de dar o direito de defesa

ao réu também é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação da sentença. Essa concessão algumas vezes é necessária, outras não.”

Nesta passagem o direito à ampla defesa por meio de uma defesa técnica é prejudicado em prol do princípio da celeridade. Este é um debate que permanece presente nos dias atuais, onde o processo judicial é amplamente criticado por sua morosidade e por ainda apresentar “diversas” possibilidades recursais. Esta problemática não é o objeto de análise deste Trabalho, entretanto, é certo que a redução das garantias e dos direitos das partes litigantes em prol da celeridade não é o melhor caminho. Quanto ao processo penal, é ilegítimo reduzir a ampla defesa ao acusado com a motivação de proporcionar maior celeridade aos trâmites processuais.

Voltando à análise do processo de inquisição, em que o acusado poderia, inclusive, ser condenado à morte, dever-se-ia, pelo menos, prevalecer a garantia do direito de defesa, o que também não existia. Para piorar a situação, nos casos em que o inquisidor admitia a necessidade de defesa técnica ao acusado, era negada ao réu a livre escolha de seu defensor, que deveria atender aos pré-requisitos estabelecidos pela igreja. De acordo com Eymerich e Peña (1993, p. 139), “deve-se ter a garantia de que o advogado é de boa família, de antiquíssimas raízes cristãs.”

Para agravar este panorama, a atuação do advogado no processo de inquisição era bastante restrita, pois conforme admitem Eymerich e Peña (1993),

Se o réu confessar, não há necessidade de um advogado para defendê-lo. Se não quiser confessar, receberá ordens de fazê-lo por três vezes. Depois, se continuar negando, o inquisidor lhe atribuirá, automaticamente, um advogado juramentado no seu tribunal. O réu comunicar-se-á com ele na presença do inquisidor. Quanto ao advogado, prestará juramento – embora já seja juramentado – ao inquisidor de defender bem o réu e guardar segredo sobre tudo o que vir e ouvir. O papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido. (EYMERICH; PEÑA, 1993, p. 139)

Além do problema supramencionado, referente à defesa técnica, é possível perceber no *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993) outra violação à ampla defesa, pois não é reconhecido ao réu o direito de tomar conhecimento das acusações que estão sendo-lhe imputadas. Conforme defendem Eymerich e Peña (1993),

O melhor método [de interrogatório] é o seguinte: partir do geral para o particular, do especial para o singular. Em Direito Civil, os juristas

dizem: “Não pergunte a ninguém: matou alguém?, e sim: o que você fez?”. Em se tratando de heresia, o procedimento é o mesmo: é bom que o acusado ignore a especificidade do que o acusam. Deve-se chegar a isso através de uma retrospectiva constante, perguntando sobre os motivos da própria acusação, a fim de levar o acusado a confessar ou a se lembrar do seu crime, se é que o esqueceu. (EYMERICH; PEÑA, 1993, p. 114)

É possível perceber, através das citações do *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993), que o princípio da ampla defesa era aplicado de forma extremamente deficitária, pois o objetivo do processo não era a verificação da inocência ou da culpa do acusado, tendo como única finalidade a condenação do réu, para que a mesma fosse um exemplo a ser mostrado a sociedade.

Além da ausência de ampla defesa, constatamos ainda a inexistência de coisa julgada nas sentença absolutórias. Pois Eymerich e Peña (1993) ensinam que

O inquisidor tomará cuidado para não declarar em sua sentença de absolvição que o acusado é inocente ou isento, e sim esclarecer bastante que nada foi legitimamente provado contra ele; desta forma, se, mais tarde, trazido novamente diante do Tribunal, for indiciado por causa de qualquer crime, possa ser condenado sem problemas, apesar da sentença de absolvição. (EYMERICH; PEÑA, 1993, p. 150-151)

Ora, ainda que fosse absolvido em um processo de inquisição, o réu permaneceria, por toda a vida, com a insegurança de ser novamente processado. Esta realidade, por si só, já seria uma pena de caráter perpétuo aplicada injustamente ao acusado.

Todos estes princípios de Direito Penal Material e Processual evidenciados no *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993) predominaram por séculos, sendo, portanto, a grande inspiração e o alvo a ser atacado pelas teorias e denúncias de Beccaria (2011). A crítica e a indignação ao sistema penal de sua época foram a base para a formulação das teses centrais do autor, sendo a principal delas a proporcionalidade entre os delitos e as penas.

Para defender essa tese, o autor propõe que sejam traçadas duas retas paralelas, nas quais uma seria a reta dos delitos e a outra seria a reta das penas, para que, deste modo, todo delito enumerado sempre teria uma pena correspondente a ele. Essa pena seria proporcional à gravidade do delito, não levando em consideração o status social e financeiro do acusado. Beccaria (2011) explica que a justiça daquela época cometia inúmeros erros na medida das penas,

pois outros fatores, muitas vezes econômicos, religiosos ou sociais, eram levados em consideração na dosimetria da pena.

O autor também faz uma crítica ao fato de somente uma pequena parcela da população ter acesso ao conteúdo da norma penal. Procurar as explicações na matemática e na geometria foi um outro ponto bastante característico de sua obra, que sempre realizava pertinentes analogias entre um fato social e uma teoria das ciências exatas. Assim, Beccaria (2011) procura criticar em seu texto o modelo penal que vigorava em sua época e propor um novo modelo baseado na razão.

Um bom exemplo que demonstra a crítica de Beccaria (2011) aos ensinamentos e técnicas apresentados pelo *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993) está na questão dos delatores no processo penal.

Enquanto Eymerich e Peña (1993, p. 142) defendem que a preservação do delator “é de fundamental importância, na medida em que, sem isso, seria malvisto quem ousasse testemunhar contra hereges ou denunciá-los”. Devendo os delatores, portanto, permanecerem e atuarem de forma oculta no processo, onde o *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993), inclusive, apresenta técnicas com a finalidade de confundir os acusados com informações falsas sobre seus delatores. Beccaria (2011) responde com a seguinte indagação

Quem poderá defender-se da calúnia, quando esta se protege com o mais forte escudo da tirania, o *segredo*? Que espécie de governo é esse, em que o regente pretende ver em cada súdito um inimigo e, para assegurar o sossego público, é obrigado a tirar o sossego de cada um? (BECCARIA, 2011, p. 64)

Beccaria (2011, p. 64) ainda conclui dizendo que “autoriza-se, pois, a calúnia secreta e pune-se a calúnia pública!”. Temos então uma resposta direta do autor às práticas penais ensinadas por juristas de sua época, seguidores de uma doutrina voltada ao processo inquisitório.

Estes princípios evidenciados pelo *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993), por mais absurdos que possam parecer, foram aplicados por juristas do mundo todo, num cenário em que as decisões judiciais eram pautadas pela arbitrariedade e pela conveniência. Com a finalidade de combater e alterar este panorama, Beccaria (2011) buscou realizar uma abrangente abordagem epistemológica do tema, analisando-o em suas variadas aplicações e contextos.

Desta forma, após a análise de tudo o que foi trabalhado neste capítulo, foi possível constatar que Beccaria (2011), ao propor a sua tese de proporcionalidade entre pena e delito, bem como ao estabelecer garantias visando um processo penal justo e igualitário, procurou combater as decisões arbitrárias. Pois, em sua época, as condenações ocorriam por mera discricionariedade do julgador. Sendo que, da mesma maneira, as penas eram atribuídas por mera arbitrariedade.

Por este motivo, a leitura de *Dos delitos e das penas* (BECCARIA, 2011) é considerada indispensável e de vital importância para todos os que estudam as ciências penais, sendo objeto de estudo dos criminalistas até os dias atuais. Assim, a importância desta leitura é reconhecida por grandes juristas, como Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 81) que declara que “não é exagero afirmar que o livro de Beccaria teve importância vital na preparação e amadurecimento do caminho da reforma penal dos últimos séculos.”

2 – DIREITO E RAZÃO: TEORIA DO GARANTISMO PENAL

2.1 – Considerações iniciais

Aproveitando as palavras de Bitencourt (2012) citadas no final do capítulo anterior, a obra *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal* (FERRAJOLI, 2002) também apresenta uma grande e considerável importância para o Direito Penal.

Ao longo de seus trabalhos, o jurista italiano Luigi Ferrajoli sempre se mostrou como um grande defensor da teoria das garantias e, na obra *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal* (FERRAJOLI, 2002), ele defende a aplicação destas garantias no Direito Penal ao defender a teoria do garantismo. No prefácio da 1ª edição italiana do livro, Norberto Bobbio (2002) diz que

Direito e razão é a conclusão de uma extensa e minuciosa investigação, levada a efeito durante anos, sobre as mais diversas disciplinas jurídicas, especialmente o direito penal, e de uma longa e apaixonada reflexão, nutrida de estudos filosóficos e históricos, sobre os ideais morais que inspiram ou deveriam inspirar o direito das nações civilizadas. (BOBBIO, 2002, p. 7)

Bobbio (2002) também deixa em evidência que Ferrajoli realizou um minucioso trabalho de preparação em áreas como filosofia, epistemologia, ética, lógica, teoria e ciência do direito, de história das doutrinas e instituições jurídicas, além de toda a sua experiência prática adquirida da atividade de magistrado.

Ferrajoli nasceu em meados do século XX, que foi um período marcado pelo pós-guerra, onde as garantias fundamentais mostraram-se como sendo de inegável importância para evitar a ocorrência de novas violações aos direitos humanos. A segunda metade do século XX também foi marcada pelos regimes totalitários em várias localidades mundiais e pela guerra fria, como ficou conhecida a “corrida” armamentista e tecnológica entre os Estados Unidos e a União Soviética.

Assim, a expansão das ideias referentes às garantias passou a ser mais forte, influenciando inúmeras nações de várias regiões do mundo, sendo então realizadas as convenções de direitos humanos, a redemocratização dos Estados nacionais e a recepção destes direitos em suas constituições.

Bobbio (2002) ainda ensina que Ferrajoli é mais um teórico a seguir a linha do pensamento iluminista e liberal, assim como Cesare Beccaria e Francesco Carrara.

Sobre a organização argumentativa e metodológica da obra, Bobbio (2002) faz a seguinte observação:

A obra se desenvolve por antíteses ou grandes dicotomias, concatenadas entre si, de maneira que, em uma linha, estão as teses positivas e, em outra, as negativas. Da antítese liberdade/poder nascem todas as restantes. Começando na esfera específica do direito penal, a que se dá entre modelo garantista e modelo autoritário, entre garantismo e decisionismo, e continuando com todas as que têm conexão com ela: governo das leis – pelo que se entende governo tanto sub lege quanto per leges, com a ulterior distinção, fundamental, entre mera legalidade e legalidade estrita – e governo dos homens, Estado de direito frente a Estado absoluto ou despótico; formalismo frente a substancialismo, passo a passo para aquelas através das quais o autor expõe sua orientação na política penalista, direito penal mínimo frente a direito penal máximo, o direito do mais fraco frente ao direito do mais forte; em última instância, certeza frente a arbítrio. (BOBBIO, 2002, p. 8)

2.2 – Os axiomas do garantismo

Como já foi ressaltado por Bobbio (2002), Ferrajoli (2002) é um grande estudioso de lógica, fato que fica evidente ao analisarmos os argumentos apresentados pelo autor ao longo de seu texto. Ao defender a teoria do garantismo penal, Ferrajoli (2002) procura explicá-la através de dez princípios axiológicos fundamentais, sendo que, realizando combinações destes axiomas através de inferências lógicas, podemos chegar em vários outros axiomas derivados. O autor usou o latim para enunciar estes princípios.

Estas dez máximas estão presentes em todo o texto de Ferrajoli (2002) e a sua tese central está baseada na articulação e integração delas, uma vez que elas podem ser consideradas como sendo os pilares do garantismo penal.

Desta forma, o autor conseguiu compactar toda uma complexa teoria em dez sentenças latinas. Com certeza, os textos, estudos ou teses de muitos autores, como foi o caso do próprio Beccaria (2011), apesar deste ter vivido no século XVIII, também giram em torno destas máximas.

Além de propor os axiomas, Ferrajoli (2002) realizou inferências silogísticas entre eles, o que originou novos princípios, possibilitando classificar e caracterizar os diferentes modelos de aplicação da norma penal que existem no mundo. Trataremos agora destes dez axiomas e de suas inferências.

Na formulação dos princípios, o autor emprega onze termos, são eles: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova, e defesa. De acordo com Ferrajoli (2002),

Cada um destes termos, excluído obviamente o primeiro, designa uma condição necessária para a atribuição de pena dentro do modelo de direito penal que ele mesmo concorre em definir. Dentro de tal modelo – se definirmos a *responsabilidade penal* como o conjunto das condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida à pena – cada um deles designa, ademais, uma condição da responsabilidade penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 73)

Cabe ressaltar que Ferrajoli (2002) ainda divide estes termos em dois grupos: garantias penais e garantias processuais. As garantias penais seriam o delito, a lei, a necessidade, a ofensa, a ação e a culpabilidade, enquanto que as garantias processuais seriam o juízo, a acusação, a prova e a defesa.

Em seguida, o autor enumera os axiomas denominando dez princípios que envolvem estas garantias penais e processuais. É fácil perceber que cada um destes axiomas encontra-se diretamente ligado a algum princípio básico do Direito Penal Material ou Processual, conforme será apresentado a seguir.

Neste sentido, o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito seria formado pelo axioma *nulla poena sine crimine*, pois nenhuma pena poderá ser imputada a alguém sem que o mesmo tenha cometido um crime.

O princípio da legalidade estaria ligado ao axioma *nullum crimen sine lege*, assim como o princípio da necessidade ou da economia do direito penal ao *nulla lex (poenalis) sine necessitate*. No primeiro temos que todo crime deverá estar previsto na lei, já no segundo percebemos que nenhum crime deverá ser criado sem uma justa necessidade.

O princípio da lesividade ou da ofensividade do evento encontra-se presente no axioma *nulla necessitas sine iniuria*, pois a necessidade deverá estar atrelada a um dano causado a algum bem jurídico. Já o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação está relacionado à máxima *nulla iniuria sine actione*, pois a única forma de se causar dano a um bem jurídico seria através de uma ação praticada por alguém.

O princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal é representado no axioma *nulla actio sine culpa*, onde a ação por si só não seria suficiente, pois a

mesma, além de ser praticada, deveria estar ligada à culpa de alguém. O princípio da jurisdicionariedade se relaciona à máxima *nulla culpa sine iudicio*, pois, além da simples imputação de culpa, deverá ser realizado um julgamento justo.

Destaco ainda a importância de mais três princípios. O princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, ligado ao axioma *nullum iudicium sine accusatione*, pois para que haja o julgamento é preciso que se tenha necessariamente uma acusação, que não deverá ser realizada pelo juiz, pois a ele cabe apenas a função de julgar a demanda. O princípio do ônus da prova ou da verificação, que se relaciona ao *nulla accusatio sine probatione*, onde a acusação deve estar acompanhada de provas concretas com a finalidade de realizar-se uma ligação entre a autoria da ação criminosa praticada e sua respectiva culpabilidade. E finalmente, o princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade que encontra-se presente na máxima *nulla probatio sine defensione*, segundo a qual, para que a acusação e as provas sejam válidas em um julgamento, o acusado deve ter a oportunidade de se defender e contradizê-las.

Todos esses princípios, elencados nos parágrafos anteriores, norteiam a teoria do garantismo penal de Ferrajoli (2002) e, me atrevo a dizer, que também seriam a essência da ideia de Beccaria (2011), ainda que inseridos em outro contexto histórico. Estes princípios também encontram-se positivados no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com proteção de norma constitucional.

Através destes dez axiomas, Ferrajoli (2002) realizou desencadeadas inferências silogísticas, gerando quarenta e cinco teoremas. Estes teoremas, oriundos dos axiomas principais, nos trazem todas as características do sistema do garantismo penal e, a aplicação destes teoremas, na sua parcialidade, são capazes de originar distintos sistemas punitivos. Ou seja, quanto mais próximo um sistema penal estiver do garantismo, maior será o número de teoremas adotado pelo mesmo.

Deste modo, através de verificações lógicas, cada sistema punitivo poderia ser classificado de acordo com um grau de garantismo, na medida em que se aproxima do mesmo. Quanto a Beccaria (2011), o seu texto se limitou a criticar o sistema penal da época e propor um novo sistema baseado na razão.

Beccaria (2011) não se preocupou em realizar uma análise das diferentes tipologias de modelos possíveis logicamente, tendo em vista que seus estudos

estavam baseados em experiências empíricas, enquanto Ferrajoli (2002) se baseia em inferências lógicas, que é capaz de ir além do empirismo através das proposições condicionais.

Assim, baseando-se na lógica, Ferrajoli (2002) conseguiu inferir e classificar inúmeras possibilidades de modelos de processo penal, nos quais alguns poderiam ser mais autoritários e inquisitivos, enquanto outros seriam mais garantistas. Neste momento, podemos perceber que, mesmo baseando-se em princípios do garantismo penal, um modelo poderá apresentar características do autoritarismo.

Uma aplicação incorreta do garantismo penal é capaz de configurar métodos inquisitivos de averiguação da culpabilidade dos delitos. Desta forma, Ferrajoli (2002) aborda em seu livro os graus de garantismo, trazendo os possíveis modelos de processo penal autoritário, os de direito penal autoritário e ainda os que foram denominados modelos punitivos irracionais. Estes últimos foram amplamente criticados por Beccaria (2011), por não apresentarem caráter igualitário, sendo de caráter puramente decisionista.

2.3 – Os princípios garantistas na obra de Beccaria

Antes de encerrarmos este capítulo, é necessário o levantamento dos aspectos convergentes entre as teses defendidas por Beccaria (2011) e a teoria do garantismo penal. Considerando-se que Ferrajoli (2002) teve a oportunidade de analisar a obra de Beccaria (2011), podemos concluir que este autor foi um dos teóricos que lhe serviu de inspiração, influenciando-o diretamente na elaboração de sua teoria. Assim, é bastante comum encontrarmos convergências entre as ideias defendidas pelos autores.

Os princípios da teoria do garantismo penal oriundos dos dez axiomas também são defendidos por Beccaria (2011), ainda que em alguns casos isto tenha sido realizado de forma indireta, conforme será demonstrado a seguir.

Quanto ao princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito, Beccaria (2011) o defende dizendo que o juiz deve fazer um silogismo jurídico para poder aplicar a pena, onde a premissa maior seria a norma, a premissa menor, a ação criminosa e, por fim, a conclusão seria a aplicação da pena. Logo, se não houver ação criminosa, não haverá também aplicação de pena.

O princípio da legalidade também é amplamente defendido por Beccaria (2011), pois o autor afirma que todo crime deve estar previsto em norma criada pelo legislador, para que então o juiz possa aplicá-la. No que se refere ao princípio da necessidade ou da economia do direito penal, Beccaria (2011) defende que

Toda pena, que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. (BECCARIA, 2011, p. 32)

O princípio da lesividade ou da ofensividade do evento é defendido por Beccaria (2011) quando ele explica que a sociedade nasce através de um contrato social, onde cada homem abre mão de parte de sua liberdade para ser detentor de direitos e segurança, dando ao Estado o poder de punir aqueles que causem algum mal a esta sociedade, logo, se nenhum mal tiver sido causado, não existirá a necessidade de o Estado punir o indivíduo.

O princípio da materialidade ou da exterioridade da ação também é defendido por Beccaria (2011), pois o autor argumenta que para que haja delito, deverá existir uma ação que cause um dano à sociedade. O princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal está presente no momento em que o autor defende que um juiz jamais deve condenar um inocente, pois neste caso, inexistente a culpa.

Da mesma forma, os princípios da jurisdicionabilidade, acusatório, da verificação e do contraditório, que são oriundos dos últimos quatro axiomas garantistas e se referem mais precisamente ao processo penal estão presentes na obra *Dos delitos e das penas* (BECCARIA, 2011), pois em várias ocasiões o autor trata da aplicação do processo penal e dos julgamentos, inclusive denunciando métodos abusivos de obtenção de provas, como a tortura, que pode beneficiar um culpado resistente fisicamente em detrimento de um inocente que, devido à incapacidade de resistir ao castigo, acaba confessando uma ação criminosa que não praticou. Ademais, Beccaria (2011) também se mostrou contra a pena de morte, a imputabilidade criminal aos suicidas e a prática de duelos, todas ações de caráter antigarantista ou autoritário.

Após a constatação da presença dos axiomas do garantismo na obra de Beccaria (2011) e considerando que estes são as premissas básicas de toda a teoria, é possível perceber que a idealização dos preceitos basilares do garantismo penal já existia desde o século XVIII. Sendo que Ferrajoli (2002) veio a enfatizar e a

sistematizar esta importante teoria. Isto posto, eis que surge a indagação quanto à real necessidade da ratificação de ideias que já haviam sido propostas a duzentos anos.

Para responder a esta assertiva é necessária a análise de mais alguns aspectos da teoria do garantismo, bem como de outras teorias contemporâneas, que será realizada a seguir, no próximo capítulo.

3 – DAS DECISÕES ARBITRÁRIAS AOS AXIOMAS DO GARANTISMO PENAL

3.1 – Da desproporcionalidade das penas às denúncias ao sistema penal irracional

Realizadas a introdução, onde foram expostos os objetivos deste trabalho, e as apresentações das teorias de cada autor, entramos agora no ponto de convergência deste texto, onde será realizada a análise comparativa entre as teorias dos autores – Beccaria e Ferrajoli – e a sua relevância em face ao sistema penal. Cabe ressaltar que essa análise não é algo simples de se realizar, uma vez que os autores viveram em épocas distintas, realizando estudos e acumulando experiências diferentes.

Partindo da máxima de que “todo homem é filho do seu tempo”, seria correto dizer que alguns pontos abordados por Beccaria (2011) – como o capítulo “Dos duelos”, por exemplo – não teriam relevância nos dias atuais, devido à evolução social da humanidade. Todavia, a obra nunca perderá o seu valor, uma vez que seus princípios fundamentais são imutáveis e apenas se adaptam às diferentes sociedades e realidades.

Logo, as obras em questão foram escritas para destinatários diferentes e estão inseridas em momentos históricos distintos. Devido a esse fato, ocorre também que, por vezes, um autor aborda um ponto que o outro sequer mencionou por falta de necessidade em seu contexto histórico.

Entretanto, a existência de inúmeros aspectos convergentes entre elas deixa em evidência a existência de demandas sociais similares, principalmente no campo das Ciências Penais. Pois, apesar do passar dos séculos, ambos os autores perceberam a necessidade de expor as crueldades e injustiças presentes no sistema penal, bem como de realizar a propositura de teorias com a finalidade de sanar estes problemas.

Assim, para melhor delimitar o nosso objeto de estudo, o objetivo principal desta análise será destacar os pontos de convergência entre as obras, bem como os temas que ambas trabalharam.

Para cumprirmos este objetivo, usaremos o livro *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal* (FERRAJOLI, 2002) como base devido aos seguintes motivos: a

obra de Ferrajoli (2002) está inserida num contexto histórico mais atual e este autor estudou a obra de Beccaria (2011), pois as citações realizadas pelo mesmo ao longo da obra comprovam isto.

Portanto, é possível dizer que muitos dos argumentos de Beccaria (2011) serviram de base para a elaboração do texto de Ferrajoli (2002), que procurou sistematizar estas ideias, transformando-as em princípios e, embora também existam pontos de divergência entre as obras, a tese principal defendida por Beccaria (2011) foi sustentada por Ferrajoli (2002).

Arrisco-me a dizer, inclusive, que a teoria do garantismo penal, embora elaborada por Ferrajoli (2002) no século XX, esteve todo o tempo presente na concepção de Beccaria (2011), portanto, este também seria um dos defensores dessa teoria, conforme demonstrado no capítulo anterior.

Em vista disso, as ideias serão expostas, neste capítulo, na ordem sistematizada por Ferrajoli (2002), mas a análise das mesmas será realizada de forma conjunta com os argumentos de Beccaria (2011), tudo com a finalidade de expor a convergência e a pertinência entre os pensamentos de ambos.

3.2 – O Garantismo como solução ao Autoritarismo

Ferrajoli (2002) trabalha os conceitos antagônicos do cognitivismo e do decisionismo. Primeiramente, são colocados frente a frente dois modelos de aplicação da norma penal, a saber: o modelo garantista e o modelo autoritário. Sobre a epistemologia garantista, Ferrajoli (2002) faz a seguinte observação:

O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. (FERRAJOLI, 2002, p. 29)

Ferrajoli (2002) cita as doutrinas da Escola Clássica italiana “de Beccaria a Carrara”, dizendo que elas tanto podem apresentar uma concepção da pena como “mínima aflição necessária” quanto também podem apresentar “tecnologias penais autoritárias e antigarantistas”. Essa foi uma crítica que o autor fez à Escola Clássica italiana.

Vale ressaltar que esta definição de garantista em alguns momentos e antiguarantista em outros não esteve presente na obra de Beccaria (2011), uma vez que ele sempre defendeu a aplicação racional e proporcional da pena, inclusive propondo uma pena pecuniária para o furto e criticando duramente os duelos ao dizer que estes são oriundos da anarquia das leis.

Portanto, no que se refere a Beccaria (2011), essa crítica de Ferrajoli (2002) seria injusta, entretanto, este também deixou claro que a crítica era para a Escola Clássica como um todo, e não para um autor específico.

3.3 – Das perseguições aos hereges aos princípios da legalidade e da igualdade

Em sua obra, Ferrajoli (2002) nos traz dois elementos do modelo garantista, que são o convencionalismo penal e a legalidade estrita. Estes elementos servem para destacar o que seria punível, baseando-se no axioma *nulla poena et nullum crimen sine lege*, ou seja, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988), conforme o texto positivado no Art. 5º, inciso XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e no Art. 1º do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 (Código Penal Brasileiro).

Beccaria (2011) também defendeu essa ideia, manifestando-se nos seguintes termos:

Prisão é pena que, por necessidade, deve, diversamente de todas as outras, ser precedida da declaração do delito, mas este caráter distintivo não lhe tira o outro traço essencial, a saber, que somente a lei determine os casos em que o homem merece a pena. Assim, a lei apontará os indícios do delito que exige a guarda do réu, sujeitando-o a um interrogatório e a uma pena. (BECCARIA, 2011, p. 106)

Ambos os autores condenam as perseguições baseadas diretamente no que a pessoa é, e não nos fatos. Ferrajoli (2002) acrescenta que

Em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os “desocupados” e os “vagabundos”, os “propensos a delinquir”, os “dedicados a tráfico ilícitos”, os “socialmente perigosos” e outros semelhantes. (FERRAJOLI, 2002, p. 31)

Nesta passagem, podemos perceber que o autor utiliza o termo “inimigos do povo”, mais uma vez remetendo à ideia de direito penal do inimigo (JAKOBS, 2009), que vai de encontro à teoria do garantismo penal. Quanto às punições aos “desocupados”, o Ferrajoli (2002) diz que elas ainda existem no “nosso ordenamento”, se referindo ao ordenamento italiano, país do autor. Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, no Art. 59 do Decreto-lei nº 3.688 de 1941 (Lei das Contravenções Penais), nós temos a vadiagem tipificada como uma contravenção penal, semelhante ao que acontece na Itália.

Beccaria (2011) também faz referência a esse assunto ao defender que

Quem declara infames as ações, por si só indiferentes, diminui a infâmia das ações que são verdadeiramente tais. As penas de infâmia não devem ser nem muito frequentes, nem incidir sobre grande número de pessoas simultaneamente. No primeiro caso, os efeitos reais e por demais frequentes das coisas de opinião enfraquecem a força da própria opinião; no segundo caso, porque a infâmia de muitos acaba reduzindo-se à infâmia de nenhum. (BECCARIA, 2011, p. 84)

Assim, ambos os autores defendem as ideias de liberdade e igualdade. Liberdade no sentido que nenhum cidadão poderá ser punido por algo que não esteja previsto na lei, sendo livre para fazer tudo o que a lei não proíba. Esse princípio foi consagrado no Art. 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), que assim prevê: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Enquanto a ideia de igualdade se refere ao fato de que todo e qualquer cidadão é igual perante à lei, conforme consagrado no *caput* do Art. 5º do mesmo diploma constitucional.

A aplicação destes princípios são de extrema importância para a norma penal. Cabe ressaltar que o princípio da igualdade não exclui a isonomia material, pois segundo Ferrajoli (2002, p. 31), “toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas.” Ainda se referindo à igualdade, Beccaria (2011, p. 81) defende que as penas devem ser as mesmas para “o primeiro e para o último dos cidadãos”.

3.4: Da discricionariedade do julgador ao devido processo legal

Ferrajoli (2002) aborda as ideias de cognitivismo processual e estrita jurisdicionariedade, criticando a forma em que são julgados os delitos de ato obsceno ou o desacato, pois, segundo o autor, inevitavelmente as discricionárias valorações do juiz terão um peso maior do que a própria lei no julgamento destes. Logo, tem-se a conclusão de que é necessário que, “não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter “constitutivo” e tenham caráter “recognitivo” das normas e “cognitivo” dos fatos por elas regulados” (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

Dessa forma, Ferrajoli (2002) defende o axioma *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*, pois para a aplicação da pena não basta a lei, mas também a acusação e o julgamento, além do axioma *nullum iudicium sine probatione*, segundo o qual o julgamento seria convalidado por meio das provas e contraprovas. Sobre este tema, Beccaria (2011, p. 60) defende a importância das provas, denominando como “perfeitas as provas que excluem a possibilidade de alguém não ser culpado e imperfeitas as que não excluem”.

Beccaria (2011) critica as acusações de natureza secreta, dizendo que as mesmas provocam desordens, fazendo com que os homens se tornem falsos e dissimulados. Para defender esta ideia, o autor cita Montesquieu, que defendia que “as acusações públicas são mais conformes à república, onde o bem público deveria constituir a primeira paixão dos cidadãos” (BECCARIA, 2011, p. 64).

Ainda dentro desta temática, Ferrajoli (2002) faz a seguinte afirmação:

Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha comprovado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu. Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correccional. (FERRAJOLI, 2002, p. 33)

Depois de tratar do modelo garantista, Ferrajoli (2002) expõe, em contrapartida, os elementos dos modelos autoritários, que se baseiam em uma epistemologia inquisitiva ou antigarantista. Essa epistemologia pode ser caracterizada conforme dois aspectos opostos à epistemologia garantista, um relativo à definição normativa e o outro à comprovação judicial do desvio penal.

A epistemologia antigarantista se baseia em uma concepção não formalista nem convencional, ou seja, uma concepção ontológica ou substancialista do desvio penal. Segundo esta concepção, o desvio penalmente relevante não se baseia unicamente na lei, mas também em outros elementos como a pessoa do acusado no ponto de vista moral e social. Segundo Ferrajoli (2002), esta ideia apresenta várias versões:

Das doutrinas moralistas, que consideram o delito um pecado, às naturalistas, que individualizam nele um signo de anormalidade ou de patologia psicofísica do sujeito, até as pragmáticas e utilitaristas, que lhe conferem relevância somente enquanto sintoma privilegiado e alarmante da periculosidade de seu autor. (FERRAJOLI, 2002, p. 35)

Beccaria (2011) também realiza críticas semelhantes às de Ferrajoli (2002), defendendo que

A gravidade do pecado depende da insondável malícia do coração, a qual não pode ser conhecida por seres finitos, sem a Revelação. Como poderia, pois, tal malícia fixar-se em norma para a punição dos delitos? Nesse caso, poderiam os homens castigar, quando Deus perdoa, e perdoar quando Deus castiga. Se os homens pudessem estar em oposição ao Onipotente ao ofendê-lo, poderiam também, ao punir, contradizê-lo. (BECCARIA, 2011, p. 46)

Neste fragmento fica evidente a crítica que Beccaria (2011) faz ao que Ferrajoli (2002) chamou de “doutrinas moralistas”. O interessante é que, mesmo sendo religioso, conforme fica evidente nas palavras de Beccaria (2011) em toda a obra e principalmente no prefácio “A quem ler”, onde o autor procura se defender das críticas que recebia na ocasião, ele conseguiu efetuar a distinção entre pecado e delito, algo que era muito difícil para a sociedade de sua época. Ainda sobre este assunto, Ferrajoli (2002) acrescenta que a definição substancial do desvio punível produz um esvaziamento do princípio da estrita legalidade, ou seja,

Enquanto o convencionalismo penal comporta a rígida separação entre o direito e outros critérios extrajurídicos de qualificação ou de valoração, além da igualdade dos sujeitos e dos âmbitos seguros de liberdade negativa, o substancialismo penal, ao revés, está informado pela confusão entre direito e moral, ou entre direito e natureza, permitindo discriminações subjetivas e invasões incontroláveis na esfera de liberdade dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2002, p. 36)

3.5: Do problema, dos limites e da decidibilidade da verdade processual

É fácil perceber que a verdade processual é algo construído no decorrer no processo através das provas, evidências, depoimentos e, principalmente, a contradição entre acusação e defesa. Portanto, a verdade processual nasce da contradição das partes envolvidas no processo.

Quanto à construção desta verdade processual, Ferrajoli (2002) contrasta o garantismo, o convencionalismo legal e o cognitivismo jurisdicional com o despotismo, o substancialismo extralegal e o decisionismo valorativo. O autor admite a impossibilidade epistemológica de um perfeito cognitivismo judicial, defendendo a grande importância das garantias de liberdade que seriam também garantias de verdade, pois

Pode-se demonstrar que, ainda quando o controle empírico dos procedimentos probatórios e interpretativos, nos quais consiste a aplicação da lei, encontre limites insuperáveis, pelo menos o modelo se torna assegurado nestes limites precisamente pelo sistema normativo das garantias de estrita legalidade e de estrita jurisdicioriedade e de seu grau de efetividade. (FERRAJOLI, 2002, p. 39)

Beccaria (2011) também explora a questão dos processos penais, dizendo que as leis devem ser claras e precisas, fazendo com que os juízes tenham como ofício apenas averiguar os fatos. O autor ainda alerta sobre o perigo de se misturar as atividades legislativas com as jurisdicionais, alegando que um juiz não pode atuar como legislador. Estas afirmações deixam em evidência, pelo menos de forma aparente, a influência da tradição jurídica da *civil law*, e o mesmo acontece com Ferrajoli (2002), até porque essa é a tradição predominante na Itália.

Segundo a tradição da *civil law*, as separações entre os poderes devem ser obedecidas de forma rígida, onde caberia ao juiz apenas a função de aplicar a norma, e nunca de criá-la. Sobre este estudo das tradições jurídicas, é importante destacar a obra *A tradição da civil law* (MERRYMAN, 2009). Nesta obra, Merryman (2009) descreve a origem da *civil law* como sendo algo que teria como objetivo realizar um rompimento com o ordenamento anterior e evitar as decisões arbitrárias do judiciário, decisões estas que são criticadas por Beccaria (2011).

Merryman (2009) mostra ainda que na *common law*, os juízes são vistos como heróis, como homens que lutam contra as injustiças, enquanto que na *civil law*

é exatamente o contrário, pois são os próprios juízes que praticam as injustiças. Logo, seria devido a esse motivo que autores como Beccaria (2011) e Ferrajoli (2002) tanto defendem o princípio da legalidade estrita e a elaboração de leis que reduzam ao máximo a discricionariedade dos magistrados. Entretanto, essa relação entre o garantismo penal, principalmente no que se refere à legalidade estrita, e a tradição da *civil law* é, no mínimo, realizada de forma contestável.

Assim como a Itália, o Brasil também sofre uma grande influência da *civil law*, fato que é criticado por alguns autores brasileiros, entre eles o sociólogo Roberto Kant de Lima (1989) que, ao realizar estudos acerca da aplicação da lei penal no Estado do Rio de Janeiro no final do século XX, acusou a tradição processual penal brasileira de utilizar métodos inquisitoriais na averiguação dos fatos e na posterior criação de uma verdade jurídica, principalmente nas fases do inquérito, onde seriam realizadas as investigações secretas. Kant de Lima (1989) ainda destaca que essa tradição inquisitorial do processo penal brasileiro seria uma herança da *civil law*, destacando que nos Estados que adotam a *common law* o processo ocorre com uma maior publicidade.

Todavia, Ferrajoli (2002) deixa claro que o garantismo penal é contra a epistemologia inquisitiva e Beccaria (2011, p. 64) expressamente se mostrou contrário às acusações secretas, pois, segundo o mesmo, “quem poderá defender-se da calúnia, quando esta se protege com o mais forte escudo da tirania, o segredo?” Portanto, a tradição jurídica da *civil law*, apesar de também defender de forma rígida o princípio da legalidade estrita, poderá apresentar modelos desvinculados ao garantismo penal, pois ambos estão baseados em teorias, princípios e contextos distintos. Dessa forma, o garantismo penal é compatível tanto com a *civil law*, quanto com a *common law*, da mesma maneira que as práticas inquisitoriais poderão estar presentes em países influenciados por uma ou por outra tradição jurídica.

É interessante a abordagem de Ferrajoli (2002) acerca do direito penal mínimo e do direito penal máximo. Segundo o autor,

O primeiro modelo pode ser identificado como o modelo do *Estado de direito*, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes). Estes últimos, ao contrário, servem para configurar sistemas de

controle penal próprios do *Estado absoluto ou totalitário*, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou “totais”, quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições. (FERRAJOLI, 2002, p. 83)

Podemos então perceber que o garantismo penal é, entre outros, umas das condições necessárias para um Estado de direito, sendo portanto, de grande importância para a existência desta modalidade de Estado bem como para toda a sociedade. Pois conforme as palavras de Bitencourt (2012)

O Direito Penal pode ser concebido sob diferentes perspectivas, dependendo do sistema político por meio do qual um Estado soberano organiza as relações entre os indivíduos pertencentes a uma determinada sociedade, e da forma como exerce o seu poder sobre eles. Nesse sentido, o Direito Penal pode ser estruturado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, como instrumento de persecução aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou a partir de uma concepção Democrática de Estado, como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade. (BITENCOURT, 2012, p. 40)

Quanto à verdade processual, Ferrajoli (2002, p. 84) aborda os dois modelos de certeza relativa, dizendo que “a certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido.” Enquanto que “a certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.” (FERRAJOLI, 2002, p. 84-85)

Portanto, a incerteza e a contradição sempre estarão presentes nos dois modelos, que são diferenciados por uma questão de priorização, ou seja, enquanto um prioriza punir todos os culpados, o outro prioriza deixar de punir todos os inocentes. Beccaria (2011, p. 112) também aborda este tema, criticando a forma de produção de provas de sua época, dizendo que a aplicação da norma penal atua “como se o interesse das leis e dos juízes não fosse o de buscar a verdade, mas o de provar o delito”.

Este modelo penal encontra-se explícito no *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993). Neste sentido, Eymerich e Peña (1993) defendem que

É preciso lembrar que a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo. Ora, o bem comum deve estar acima

de quaisquer outras considerações sobre a caridade visando o bem de um indivíduo. (EYMERICH; PEÑA, 1993, p. 122)

Ferrajoli (2002) ainda apresenta uma breve reflexão sobre a dúvida, destacando os conceitos de incerteza de fato e incerteza de direito. Assim, segundo o autor, “a verdade fática é a validade de uma inferência indutiva, da qual, contudo, é irredutivelmente insegura, porque *provável*, a verdade da conclusão.” (FERRAJOLI, 2002, p. 86). Enquanto a verdade jurídica é

A validade de uma inferência dedutiva, da qual, contudo, é irredutivelmente insegura, porque *opinativa*, a verdade das premissas. As duas espécies de certeza e incerteza são independentes entre si, no sentido de que se pode dar certeza de fato sem qualquer certeza de direito e vice-versa. (FERRAJOLI, 2002, p. 86)

Podemos verificar que Ferrajoli (2002) quis dizer, nesta passagem supracitada, que a verdade fática é obtida através de premissas verdadeiras inferidas indutivamente. Toda conclusão oriunda de uma indução é provável, porém não é totalmente segura. Enquanto que na verdade jurídica, as premissas são inferidas dedutivamente. Numa dedução, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão será necessariamente verdadeira, porém, neste caso, a dúvida gira em torno da veracidade das premissas que, segundo o próprio autor, são inseguras ou opinativas. Estes conceitos são importantes para o processo penal.

3.6 – Da necessidade de se propor os axiomas do garantismo

Conforme demonstrado até aqui, Ferrajoli (2002) se inspirou na obra de Beccaria (2011), dentre outros autores, e reapresentou aspectos do sistema penal que já haviam sido denunciados. Entretanto, desta vez foi apresentada uma teoria mais abrangente e melhor sistematizada, tendo os axiomas como pilares.

Porém, a dúvida que nos surge é a seguinte: se outros autores, inclusive Beccaria (2011), já haviam idealizado um sistema penal mais justo e racional, com aplicação de penas proporcionais à gravidade dos delitos, existe a necessidade de Ferrajoli (2002) novamente denunciar as práticas abusivas penais e ainda propor uma teoria para que o problema fosse sanado? Creio que a resposta para esta indagação seja positiva.

É natural a conclusão de que, com a publicação de *Dos delitos e das penas* (BECCARIA, 2011), no século XVIII, além de outras obras afins, a evolução social seria capaz de sanar os problemas por elas expostos e seguir na direção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Todavia, as denúncias de Beccaria (2011) mostraram-se insuficientes com o passar dos séculos, tanto que muitos teóricos ainda defendem ideias ligadas à expansão do Direito Penal ou ao Direito Penal Máximo.

Para comprovar tal alegação, apresentarei argumentos que exemplificam o exposto acima. Estes argumentos encontram-se contidos na obra “Direito Penal do Inimigo” (JAKOBS, 2009).

O livro supramencionado é a reunião de cinco artigos de Günther Jakobs (2009), nos quais o autor apresenta uma teoria de divide a população entre cidadãos e inimigos, onde para cada grupo a norma penal seria aplicada de forma distinta.

Esta ruptura é claramente apresentada no primeiro artigo apresentado na obra, intitulado “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo”, onde o autor defende que

Aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Essa guerra acontece com um direito legítimo dos cidadãos, mais precisamente com seu direito à segurança; mas, diferentemente da pena, ela não é direito no que se refere ao apenado; pelo contrário, o inimigo é excluído. (JAKOBS, 2009, p. 22-23).

Neste sentido, Jakobs (2009) ainda complementa o seu raciocínio dizendo que “No Direito Penal do Cidadão, a função manifesta da pena é a *oposição*; no Direito Penal do Inimigo, a *eliminação* de um *perigo*. Na prática, é raro que um dos tipos ideais apareça em sua expressão pura. Ambos os tipos *podem* ser legítimos.” (JAKOBS, 2009, p. 22).

Esta teoria vai de encontro às ideias de Beccaria (2011), que defendia que as condições sociais ou ideológicas do indivíduo não deveriam ser consideradas na dosimetria da pena, devendo prevalecer, portanto, o princípio da igualdade. Sobre o assunto, o autor ainda faz a seguinte indagação:

A quem disser que a pena aplicada ao nobre e ao plebeu não é realmente a mesma, em virtude da diversidade da educação e da infâmia que se esparge sobre uma ilustre família, responderei que a sensibilidade do réu não é a medida das penas, mas sim o dano público, tanto maior quanto é produzido pelo mais favorecido e que a

igualdade das penas só pode ser extrínseca, diferindo realmente de pessoa a pessoa, em cada indivíduo... (BECCARIA, 2011, p. 82)

As ideias defendidas por Jakobs (2009), de que é legítima a coexistência de dois modelos penais, sendo que um deles – o mais severo – estaria direcionado aos *inimigos*, em muito se assemelham a tese defendida por Eymerich e Peña (1993) de que seria necessária a eliminação do perigo que os hereges apresentavam.

Sendo assim, a teoria de Jakobs (2009) em muito se aproxima das concepções de Eymerich e Peña (1993), pois aqueles que o *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993) chamava de herege, Jakobs (2009) passou a chamar de *inimigo*. E a denominação empregada pelo *Direito Penal do Inimigo* (JAKOBS, 2009) é muito mais abrangente, podendo este *inimigo* ser o herege, o pobre, o negro, a sambista, o capoeirista, e assim por diante.

O Direito Penal vem sendo utilizado, no Brasil e no resto do mundo, com a finalidade de *combater* determinados grupos sociais, que seriam os *inimigos* da sociedade. Esta tendência é evidenciada em estudos realizados no campo das Ciências Sociais, dentre os quais destaco o trabalho de Loïc Wacquant (2001).

Em sua pesquisa, Wacquant (2001) expõe os resultados dos profundos estudos realizados acerca do tema que envolve as várias prisões espalhadas pelo mundo. O autor defende que com o movimento neoliberal, cada Estado nacional, incluindo o Brasil, está deixando de ser, cada vez mais, um Estado social para ser um Estado penal, policial e penitenciário, causando uma grande insegurança para vários setores da sociedade.

A intervenção dos órgãos de segurança pública do Estado para conter as ocorrências criminais não está sendo capaz de atenuar a insegurança criminal no Brasil, causando exatamente um efeito contrário devido ao uso por parte dos policiais de instrumentos e condutas ilegais, como a prática de tortura nos interrogatórios. Isso faz com que as forças estatais se igualem aos criminosos.

Outro fator que agrava o problema, segundo Wacquant (2001, p. 6), seria “o recorte da hierarquia de classes e da estratificação etnorracial e a *discriminação baseada na cor*, endêmica nas burocracias policial e judiciária.” Isso faz com que uma pessoa seja considerada suspeita de cometer um crime pelo simples fato de pertencer a um determinado segmento da sociedade.

Cabe ressaltar que ainda temos uma cultura política fortemente marcada pelo selo do autoritarismo, que é um reflexo dos vários anos de ditadura militar. Algumas das condutas ilegais que eram praticadas pelo Estado ditatorial foram normalizadas pela população, fato que facilita a atuação de políticas punitivas de segurança do Estado, que agora vive uma ditadura do mercado econômico que, nada mais é, nas palavras de Wacquant (2001, p. 4), “uma ditadura sobre os pobres”.

As péssimas condições das penitenciárias também agravam a instabilidade e a pobreza. Quanto às nações europeias, Wacquant (2001) utilizou argumentos baseados em dados estatísticos para defender a sua tese. Os Estados europeus, assim como o Brasil e os Estados Unidos, também estão sendo transformados em Estados penais e esse processo vem sendo acelerado com o passar dos anos, fazendo com que a população carcerária cresça de forma assustadora. Esse crescimento se dá não só pelo encarceramento excessivo, mas também pela maior duração das penas.

Wacquant (2001) demonstra que esses Estados, muitas vezes, fazem uso de algumas políticas, como a guerra contra as drogas, para encarcerar os indivíduos considerados menos úteis à sociedade e, potencialmente, mais perigosos, como os mendigos, os vagabundos, os estrangeiros, os desempregados, os “sem-terra”, os “sem-teto”, entre outros.

Os estrangeiros e os membros das classes populares, segundo Wacquant (2001, p. 78), são os “alvos prediletos do aparelho penal europeu”, sofrendo as maiores penas e sendo os mais prejudicados pela política do Estado penal, constituindo a grande maioria na população de detentos europeus. Todo esse encarceramento excessivo está causando o problema da superpopulação das prisões na União Europeia, pois essas prisões estão recebendo uma população superior ao dobro ou ao triplo de sua capacidade máxima de ocupação.

Este fato que está deixando os prisioneiros numa condição desumana, onde não são obedecidas as regras mínimas de higiene, além da privação de alimentação ou de remédios e da ocorrência dos maus-tratos por parte da polícia ou dos agentes penitenciários.

A pesquisa de Wacquant (2001), portanto, deixa em evidência que os Estados estão se preocupando meramente em punir os infratores da lei menos beneficiados

pelo sistema capitalista, deixando de lado as condições com que os mesmos terão que cumprir as suas penas e os direitos humanos internacionais.

Sendo assim, é possível perceber que, embora Beccaria (2011) tenha denunciado as práticas penais abusivas no século XVIII e, ainda, realizado as suas propostas para sanar estes problemas e dar um fim a estas práticas, a publicação de sua obra e a exposição de suas ideias demonstraram-se insuficientes. Pois ainda assim surgiram teorias como o Direito Penal do Inimigo de Jakobs (2009), que se aproximam às concepções que eram defendidas por Eymerich e Peña (1993) nos séculos XIV e XVI, respectivamente.

Além, das teorias ligadas ao Direito Penal Máximo ou à expansão do Direito Penal, ficaram também demonstradas as consequências que estas ideias vem causando em todo o mundo, conforme constatado pela pesquisa de Wacquant (2001).

Portanto, está mais que clara a necessidade e relevância da propositura da teoria do garantismo penal por Ferrajoli (2002), que veio a dar ênfase aos problemas que já haviam sido levantados por Beccaria (2011) e, ainda, propor uma solução mais dinâmica e sistemática, baseada em dez axiomas e em suas inferências lógicas.

3.7 – Decisões arbitrárias no Brasil?

Por fim, após a exposição das conclusões da pesquisa de Wacquant (2001) e estando também demonstrada a necessidade da propositura do garantismo, abordaremos agora alguns exemplos de arbitrariedades praticadas pelos tribunais brasileiros.

A prática arbitrária a ser demonstrada encontra-se presente na exigência de demonstração de prejuízo por parte do réu para que algum ato judicial seja declarado nulo. Neste sentido, dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.” (BRASIL, 1941). Ora, se a lei estabelece um rito processual, o mesmo deve ser seguido em sua plenitude. Sendo assim, qualquer inobservância de alguma previsão legal, por si só, é causadora de prejuízo ao réu por violação ao princípio da legalidade estrita.

É importante destacar que a aplicação deste princípio é estritamente necessária ao processo penal por ser capaz de evitar um juízo arbitrário por parte dos julgadores. A previsão legal faz com que os atos judiciais sejam previsíveis, contrapondo-se à imprevisibilidade dos atos discricionários.

Ademais, a própria avaliação dos julgadores à demonstração do prejuízo sofrido pelo réu ocorre de forma arbitrária, pois inexistente um método objetivo de se mensurar o quanto o acusado fora prejudicado. Logo, o resultado desta avaliação será fruto do subjetivismo e da arbitrariedade dos membros do órgão jurisdicional.

Todavia, conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1969)

É fácil notar que o verbete da Súmula nº 523 do STF, acima transcrito é contraditório, pois se a nulidade é absoluta, desnecessária seria a prova de prejuízo para o réu, pois este prejuízo já estaria presumido pela norma.

Contudo, este entendimento ainda não foi superado e continua sendo aplicado no Brasil. Na decisão do RHC 32062 MS 2012/0032167-2, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que

[...]

Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal. É imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades.

[...] (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao proferir a decisão à apelação criminal: APR 10693130024849001 MG, defendeu que

[...]

Rege no processo penal, em matéria de nulidades, o princípio *pás de nullité sans grief*, segundo o qual não se pronuncia nulidade sem demonstração do efetivo prejuízo, rejeitando-se por consequência a alegação de nulidade processual em razão do rito processual adotado.

[...] (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2014)

As decisões supracitadas exigem do réu a demonstração do prejuízo sofrido pela nulidade, independente se esta for absoluta ou relativa. O julgamento desta

demonstração ocorre de forma arbitrária, conforme ficou evidente na decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará ao RSE 201430017661 PA

[...]

Defeito no áudio dos CD's que contém depoimentos de testemunhas não macula a sentença prolatada, que considerou todas as provas constantes dos autos, inclusive as da fase inquisitória, o que não é defeso fazer. Para que a nulidade seja efetivamente reconhecida e decretada, deve haver, pela parte que a arguiu, a demonstração do efetivo prejuízo, sem o qual não poderá nenhum ato ser declarado nulo de pleno direito, conforme ensina o próprio art. 593 do CPP.

[...] (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ, 2014)

No caso em tela, ficou em evidência a arbitrariedade do Tribunal ao considerar que o defeito no áudio dos CD's que continha os depoimentos das testemunhas de acusação não tenha prejudicado o réu, pois é impossível mensurar a extensão deste prejuízo, bem como avaliar se o mesmo interferiu no desfecho do processo.

Ora, se a defesa não consegue ouvir os depoimentos das testemunhas de acusação devido a problemas técnicos nos microfones que deveriam tê-los gravado, é impossível defender-se adequadamente dos mesmos, fato que, por si só, prejudica o acusado.

Ferrajoli (2002), através do axioma *nulla probatio sine defensione*, deixou claro que toda prova somente será válida no processo penal se houver defesa, dando ao réu a oportunidade de contradizê-las. Neste caso, portanto, deveria prevalecer o direito à ampla defesa, bem como a presunção de inocência ao acusado, devendo ser refeito o ato processual.

Para aqueles que consideram que o fato de ser prejudicada a defesa configura-se apenas como nulidade relativa, podendo o ato processual defeituoso prevalecer, sendo necessária, portanto, a total inexistência de defesa para a anulação do ato. Eis que temos um exemplo de exigência de demonstração de prejuízo ao réu num caso em que ocorreu a inexistência de defesa. Trata-se da decisão do RSE: 00095826120148180000 PI 201400010095824, na qual o Tribunal de Justiça do Piauí entendeu que

[...]

As preliminares de nulidade da citação por edital e de inexistência de defesa (art. 593, III, a, do CPP) não merecem prosperar, notadamente quando o recorrente tenha se limitado à mera alegação da existência dos vícios, sem, contudo, se desincumbir da

demonstração inequívoca do efetivo prejuízo para a defesa, exigência necessária para o reconhecimento de nulidade, seja relativa ou absoluta, em atenção ao dogma fundamental que a disciplina.
[...] (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ, 2015)

Percebemos então que, embora tenha ocorrido a inexistência de defesa em algum ato processual, o Tribunal, arbitrariamente, exige a demonstração de prejuízo pelo réu, desconsiderando o fato de que o princípio à ampla defesa fora violado e que, independentemente de qualquer demonstração, o acusado fora prejudicado.

Vale lembrar que o reconhecimento de que a inexistência de defesa não seria o bastante para causar prejuízo ao réu em muito se aproxima das ideias defendidas no *Manual dos Inquisidores* (EYMERICH; PEÑA, 1993), onde a defesa técnica era dispensável, cabendo ao inquisidor a arbitrariedade de avaliar os casos em que a ausência de defesa seria prejudicial ao acusado.

Outra arbitrariedade que vem sendo praticada, desta vez pelo TJMG, é a inversão do ônus da prova no processo penal, aplicando-se, inclusive, a presunção de culpa aos acusados. Estas características, que existiam no processo de inquisição (EYMERICH; PEÑA, 1993), são inconstitucionais, sendo sua prática inadmissível.

Entretanto, o Tribunal supramencionado, na decisão referente ao processo nº 1.0525.12.008540-8/001, aplicou a inversão do ônus da prova, defendendo o argumento de que “presume-se a responsabilidade do acusado encontrado na posse da coisa subtraída, invertendo-se o ônus da prova, transferindo-se ao agente o encargo de comprovar a legitimidade da detenção da *res furtiva*” (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2015).

Este argumento vem sendo utilizado, pelo Tribunal, na fundamentação de seus julgados, outro exemplo é a decisão da apelação criminal nº 1.0016.13.000650-1/001, onde, além de indeferir uma nulidade por falta de demonstração do prejuízo, o órgão julgador defendeu que “no crime de furto, presume-se a autoria se a coisa furtada é encontrada na posse injustificada do acusado, incumbindo ao possuidor demonstrar, de forma inequívoca, que a adquiriu legitimamente, a fim de elidir eventual delito” (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2014).

Ao presumir-se a autoria do delito ao réu, o Tribunal está aplicando, de forma arbitrária e ilícita, a presunção de culpa ao acusado. Por esse motivo, inverte-se o ônus da prova, porque agora cabe ao réu provar a sua inocência.

O caso em tela vai de encontro ao axioma *nulla accusatio sine probatione* de Ferrajoli (2002), pois é o órgão acusador que possui o dever de comprovar que o réu é o autor do delito, sendo inadmissível a inversão aplicada pelo TJMG.

Portanto, através dos exemplos aqui trabalhados, foi possível perceber que cada axioma garantista proposto por Ferrajoli (2002) teve por objetivo neutralizar ou impedir as decisões arbitrárias. Bem como, ficou também comprovada a necessidade da propositura da teoria do garantismo penal por Ferrajoli (2002), pois, embora Beccaria (2011) já tivesse denunciado as arbitrariedades do século XVIII, o mesmo ainda acontece nos dias atuais.

CONCLUSÃO

Por fim, podemos concluir que existem inúmeros pontos convergentes entre as teorias de Beccaria (2011) e Ferrajoli (2002) e que a diferença entre elas ocorre devido aos contextos históricos em que autores viveram e na forma de abordagem e metodologia aplicadas em seus estudos. Entretanto, a essência das teorias é a mesma. No que tange os dez axiomas de Ferrajoli (2002), considerados como sendo as premissas principais de sua obra, bem como os pilares da teoria do garantismo penal, foi possível perceber que Beccaria (2011) também os idealizou, embora não tenha feito de forma sistematizada.

A relevância dessas máximas é inquestionável, tanto é que a concretização do garantismo penal é uma das condições necessárias para a existência de um Estado democrático de direito, devendo ser protegida por norma constitucional devido a sua importância. Assim, para comprovar essa assertiva, podemos perceber inúmeras garantias penais presentes no Art. 5º de nossa Constituição (1988) e também em muitas outras existentes no mundo. Esta transformação das garantias penais em normas fundamentais são, sem dúvida, um dos frutos das valorosas contribuições de Beccaria (2011) e Ferrajoli (2002).

Entretanto, a presença das garantias penais no âmbito das normas fundamentais mostra-se insuficiente, pois o discurso, e até algumas práticas, relacionados ao Direito penal máximo ou aos princípios penais inquisitórios ainda encontram-se presentes no Brasil e no mundo. O debate quanto à redução da maioria penal serve de exemplo, bem como a reforma da norma penal no sentido de impor penas mais severas evidenciam um processo de expansão do Direito Penal em nosso país.

Nesta perspectiva, podemos fazer uma analogia tendo por base uma parte da conceituação que o teórico Robert Dahl (2001) faz da democracia, dizendo que a mesma jamais deverá ser considerada como sendo um fim em si mesmo, pois, na verdade, ela deverá estar em constante processo de evolução, sempre no caminho da igualdade e da integração social, além da defesa e ampliação dos direitos fundamentais. Da mesma maneira, Bobbio (2002, p. 11) ensina que o Estado também não é considerado um fim em si mesmo, senão “um meio que tem como fim

a tutela da pessoa humana, de seus direitos fundamentais de liberdade e segurança coletiva.”

Neste sentido, Ferrajoli (2002) defende que

Se lutas pelos direitos são o veículo necessário mediante o qual se afirmam necessidades vitais insatisfeitas, é essencialmente graças a elas que se produzem as mudanças progressivas na esfera do direito positivo: do reconhecimento constitucional de novos direitos fundamentais à elaboração de novas garantias legais para os direitos já reconhecidos, das evoluções da jurisprudência às solicitações de responsabilidade política pela violação dos direitos já garantidos. E é precisamente nesta capacidade de mudar ou de influenciar a legislação, a jurisdição, o governo e a administração que consistem a força e o sucesso de uma luta social; por outro lado, é signo de esterilidade ou de fraqueza a sua falta de saídas, ou pior, de objetos institucionais, idôneos a garantirem e a estabilizarem as instâncias em formas jurídicas positivas. (FERRAJOLI, 2002, p. 756-757)

O fato de Ferrajoli (2002) dar ênfase a aspectos do Direito Penal, material e processual, que haviam sido explorados por Beccaria (2011) demonstra que as decisões arbitrárias e as práticas inquisitórias, bem como os discursos voltados ao direito penal máximo, ainda encontram-se presentes na realidade atual, conforme foi constatado no decorrer deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Portanto, o modelo de aplicação da norma penal, por ser um dos pré-requisitos da democracia, também não deverá ser encarado como um fim em si mesmo, pois sempre será possível evoluir no sentido da busca por um ideal traçado por Ferrajoli (2002) e outros teóricos garantistas e, conforme foi demonstrado por este mesmo autor, poderão existir inúmeros sistemas punitivos imperfeitos derivados do garantismo e o objetivo de todos eles deverá sempre ser essa constante busca pela ampliação das garantias penais, acompanhando a própria evolução social da humanidade.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012;

BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. de 05 de outubro de 1988;

_____, Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940;

_____, Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941;

_____, Lei das Contravenções Penais, Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941;

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, APR 10693130024849001 MG. Relator: Amauri Pinto Ferreira (JD CONVOCADO), Data do julgamento: 26/02/2014, Câmaras Criminais / 4ª Câmara Criminal, Data da publicação: 11/03/2014, Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119553898/apelacao-criminal-apr-10693130024849001-mg>>, Acesso em: 12/02/2016;

_____, Tribunal de Justiça do Piauí, RSE 00095826120148180000 PI 201400010095824. Relator: Des. Pedro de Alcântara Macêdo, Data do julgamento: 29/04/2015, 1ª Câmara Especializada Criminal, Data da publicação: 11/05/2015, Disponível em: <<http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292271527/recurso-em-sentido-estrito-rse-95826120148180000-pi-201400010095824>>, Acesso em: 12/02/2016;

_____, Superior Tribunal de Justiça, RHC 32062 MS 2012/0032167-2. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Data do julgamento: 17/09/2013, T5 - Quinta Turma, Data da publicação: 25/09/2013, Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24203169/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-32062-ms-2012-0032167-2-stj>>, Acesso em: 12/02/2016;

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, RSE 201430017661. Relatora: Nadja Nara Cobra Meda - JUÍZA CONVOCADA, Data do julgamento: 21/10/2014, 1ª Câmara Criminal Isolada, Data da publicação: 29/10/2014, Disponível em: <<http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/169511631/recurso-em-sentido-estrito-rse-201430017661-pa/inteiro-teor-169511658>>, Acesso em: 12/02/2016;

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, APR 10016130006501001 MG. Relator: Júlio Cezar Gutierrez, Data do julgamento: 14/05/2014, Câmaras Criminais / 4ª Câmara Criminal, Data da publicação: 20/05/2014, Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120450005/apelacao-criminal-apr-10016130006501001-mg>>, Acesso em: 12/02/2016;

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Processo 1.0525.12.008540-8/001 apud Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, ano 2, nº 3, dez/2015, p.212. Curitiba, Paraná. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/revista_mppr/Revista_MPPR_3.pdf>, Acesso em: 13/02/2016;

_____, Supremo Tribunal Federal, Súmula 523;

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001;

DUMAS, Alexandre. **O conde de Monte Cristo**. Tradução revista por Kleber Kohn. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008 (Coleção a obra-prima de cada autor. Série ouro);

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Comentários de Francisco Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: 2 ed. Rosa dos Tempos. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993;

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

HUGO, Victor. **Os miseráveis**. Tradução de Regina Célia de Oliveira. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007 (Coleção a obra-prima de cada autor. Série ouro);

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009;

KANT DE LIMA, Roberto. **Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial**. ANPOCS: Portal das Ciências Sociais Brasileiras, 1989. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_10/rbcs10_04.htm>, Acesso em: 12/02/2016;

MERRYMAN, J. H. **A tradição da Civil Law**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009;

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.