

O ARQUÉTIPO DO GARANTISMO PENAL

Kélen Viana Silva¹

Thiago Aramizo²

RESUMO:

O Sistema Garantista, que inclui a teoria e a ciência do direito, traz a proposta de um direito de alto nível para uma sociedade de, também, alto nível de civilidade. Sua tendência é maximizar o direito e minimizar a pena e, quando possível, descriminalizar. Depois de séculos de prática de direito, às vezes, de pseudodireito, no século XVII, iluminou-se a senda do direito com as idéias de liberdade do Iluminismo. Este, motivado pela nova estrutura social e econômica burguesa, ousou rebater o absolutismo e colocar o Estado como a personalidade jurídica do direito para aplicar as normas penais e civis sobre a sociedade. O laicismo toma forma no seio social, e o Estado começa a sofrer uma inversão de poder diante da sociedade: com a democratização, o Estado passa a assumir obrigações, ao invés de, exclusivamente, receber benefícios da coletividade. Separam-se os poderes, surgindo a figura do Judiciário, instituição com função exclusiva do direito, fato que lhe outorgou perfeita jurisdicionalidade, tão necessária a um direito isento. Recentemente, sob novas exigências sociais, num esforço de maior inclusão social de vários segmentos sociais, as constituições das democracias ocidentais, incluindo o Brasil, diplomaram vários direitos fundamentais dos cidadãos, os quais agora têm a obrigação de garantir. Para garantir esses direitos, como saúde, educação, liberdade, trabalho, habitação, segurança, o Estado precisa, sob pena de deslegitimação, agir de acordo com a mera e estrita legalidade. E, para que consiga êxito em tal desígnio, precisa da colaboração de jusfilósofos para a elaboração de leis objetivas, bem tipificadas, válidas e efetivas e de juízes com espaço mínimo de discricionariedade.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo; Direito; Pena.

ABSTRACT:

The Guarantism System, which includes theory and science of law, brings the proposal of a high-level rights for a society also high level of civility. Their tendency is to maximize the rights and minimize the penalty and, where possible, decriminalize. After centuries of practice of law, sometimes of pseudoright in the seventeenth century, it lit the path right with the Enlightenment ideas of freedom. This, motivated by the new bourgeois social and economic structure, dared to counter the absolutism and put the state as the legal personality of the right to apply the rules on criminal and civil society. Secularism takes shape within the social, and the state begins to suffer a reversal of power to society: with democratization, the state will assume obligations, rather than exclusively receive benefits the community. Become separated powers, resulting in the judiciary figure, an institution with exclusive function of law, a fact that awarded perfect jurisdictionality you so necessary to a free right.

1-Cursando o décimo e último período do Curso de Direito na Fundação Carmelitana Mário Palmério, já aprovada na OAB; kelinhavsilva@gmail.com.

2-Professor na ESAMC

Recently under new social demands in an effort to promote social inclusion of various social segments, the constitutions of Western democracies, including Brazil, graduated several fundamental rights of citizens, which now have the obligation to guarantee. To secure these rights, such as health, education, freedom, work, housing, security, the state must, under penalty of delegitimization, act on the mere and strict legality. And so you can succeed in this aim, needs jusfilosofer collaboration for the development of objective laws and typified, valid and effective and judges with a minimum of discretion space.

KEYWORDS: guaranteeism; Right; Criminal.

INTRODUÇÃO

Na longa, irregular e descontínua trajetória do direito penal, assumiu características diversas, alimentando várias teorias e reforçando sempre a ciência do direito. Entre as teorias, desponta-se, atualmente, a teoria garantista, a qual pleiteia uma ciência do direito fundamentada na mera e estrita legalidade. Essa teoria entende que a falibilidade humana impõe a aplicação do direito para equacionar a convivência humana, mas que se regule pelo máximo de direito e mínimo de pena. Sua propedêutica é a descriminalização, porém, quando não possível, que a pena se minimize. O ideal da humanidade seria que não houvesse a ilicitude, para que não houvesse pena. E, sem pena, não haveria sofrimento do ser humano. Todavia, a realidade de más convivências mostra, conforme concordam os teóricos garantistas, que há a necessidade da existência das leis penais e outras, as quais tanto tipifiquem os crimes quanto as penas, pois a humanidade, ainda, não conseguiu superar a prática de atos atentatórios de uns contra os outros.

Na boa fé de que esses teóricos do garantismo, mesmo entendendo que a pena se apresenta como um mal em si, se esforcem por uma ciência do direito que opere maior bem e menor mal social, dispõe-se neste artigo um esforço para elucidar e difundir as contribuições do garantismo, tanto no plano teórico quanto científico. Para os extremos dessa teoria se expandem os defensores abolicionistas da pena, os utilitaristas, os justificacionistas e os prevencionistas, dos quais se separam os garantistas. Atualmente, no direito e na consciência coletiva, predominam-se os três últimos grupos. Os abolicionistas buscam radicalizar a problemática da pena, mediante a sua extinção, reconduzindo ao estado selvagem.

Então, pela leitura de autores como Ferrajoli, defensor do garantismo, Foucault, que vê a coletividade num jogo de poder insuperável, e outros, que ora se alinham com o

garantismo ora se divergem, pretende-se fazer uma reflexão e síntese do garantismo, ajustando-o, hipoteticamente, como uma solução de equilíbrio entre as demais correntes do direito. Para esse intento, concorrem as operações dedutivas e indutivas do pensamento, pois ora se recorrem aos dados de conhecimentos dos autores lidos, ora os interpretam à luz do confronto entre si ou sob a inteligência criativa.

Da dialética com esses autores e textos normativos como a Constituição Brasileira, há de resultar uma soma e um aprofundamento de conhecimentos jurídicos, com o fim de uma prática jurídica racional, isenta de subjetividades e justificações externas, transparente e construtiva.

Fontes do Direito

Neste tópico, toma-se o direito no seu sentido histórico, evolutivo, material e formal. Deve ser entendido como um corpo de conhecimento que veio se formando através dos tempos, mediante a colaboração de povos, culturas, autoridades, economias, religiões, costumes e de pensadores filósofos ou cientistas.

Desde que a humanidade revelou-se como um corpo social, o direito se fez presente. Isto pode ou pôde ser compreendido através de pesquisas arqueológicas, documentais, artísticas, políticas, econômicas etc. À luz da organização social atual ou da reflexão e compreensão das civilizações passadas, percebe-se que as tribos, as comunidades, os grupos sociais, os estados-nações valeram-se de regras tácitas e obrigacionais para garantir o funcionamento e preservação do corpo social. Essa aplicação prescritiva de normas autoritárias, arbitrárias, punitivas, preventivas, corretivas, retributivas etc. compuseram o direito. Em cada época e em cada comunidade, grupo ou sociedade, o direito assumiu suas características próprias. Atualmente, somos herdeiros do fruto evolutivo desse direito, sabendo-se que, entre as nações, o direito se diversifica, segundo os propósitos locais.

Uma das primeiras importantes fontes do direito foi a religião. O misticismo dos povos abriu espaço para a elaboração de conceitos, ensinamentos e normas de conduta para os seus membros. Os primeiros ordenamentos jurídicos do mundo, por exemplo judaico, fundamentavam-se numa divindade, a qual, supostamente, repassava aos líderes (reis, por exemplo) as suas ordenanças prescritivas de bênçãos e castigos. A efetividade desse direito nos forneceu muitíssimos casos de penas capitais, realidade que, ainda hoje, não se desapareceu completamente do Planeta.

A Grécia Antiga deixou o seu legado jurídico para a posteridade, primeiramente aos romanos, nos quais muito se inspiraram. Entre os gregos, sobressaíram-se vários pensadores, como Sócrates, Platão e Aristóteles. O primeiro foi um grande defensor do conhecimento e da liberdade, atributos que lhe renderam a pena capital. Esse fato nos faz entender que o direito ali operava, naquele momento, em polaridades: o poder contra o fraco. O segundo, discípulo de Sócrates, escreveu um modelo de república, inspirada na retidão dos homens públicos e numa organização política descentralizada. E Aristóteles, discípulo de Platão, além de médico, foi filósofo, escritor e político defensor das liberdades e crítico da ditadura. A cultura grega, então, repassou para as culturas ocidentais, principalmente, a aplicação da racionalidade na construção do conhecimento, algo muito valorizado, hoje, na ciência jurídica.

A Roma Antiga e principalmente a Clássica ofereceu ao direito subsequente ao seu valiosas contribuições jurídicas. Foi lá, com todas as limitações do ponto de vista atual, que se arquitetou o modelo judicial moderno com acusação, provas, defesa e julgamento. As sociedades ocidentais atuais expressam os traços jurídicos romanos, evidenciando efetiva influência do direito do longo Império Romano.

Os povos visigóticos, que, ao fim, formaram a nação inglesa, também influenciaram fortemente o direito ocidental, notadamente pelo seu direito fundamentado em seus costumes, algo que dominou o direito inglês até o século XII. Entre eles, por exemplo, é que se praticava a vingança privada, isto é, o infrator ficava sujeito à vingança do ofendido.

A partir do século XII, começaram a surgir as instituições de estudos superiores, nas quais se começaram a glosar o direito antigo. Dessa compilação do direito grego, romano, inglês etc. evoluíram os estudos do direito à categoria de ciência e filosofia. No século XVIII, consolidaram o jusnaturalismo, que veio, aos poucos, sendo superado.

Há um outro campo onde se pode explorar a fluidez do direito, isto é, uma emanção de direito, ainda que entendida como uma motivação como se fosse uma causa do direito: o poder. A história da humanidade está recheada de fatos de dominação, cuja dominação implica uma cadeia de relações de poder no corpo social. Podem ser citados como entes desencadeadores de ações de poder a igreja, o rei, o imperador e o estado. Na Idade Média, por exemplo, a propósito do funcionamento da vassalagem, o poder e o direito correspondente se colocavam em função primordial do rei. Mas é preciso compreender que aquele poder e aquele direito não eram simplesmente de dominação, mas eram, além disso

Direito & Realidade, v.4, n.1, p.58-76/2016

ou consorciadamente com isso, um mecanismo de orquestração de ações de poder entre todas as partes do corpo social. O resultado desse arranjo, sem dúvida, consolidou um direito específico para gerir aquela realidade. Nota-se, por exemplo, que com a queda do Império Romano, o seu direito se desintegrou, porque a realidade daquele povo dominador mudou. No século XVIII, com o advento da industrialização e com a queda do absolutismo no ocidente, o exercício do poder se reconfigurou pela descentralização. O poder não deixou de ser exercido por alguém dominante, tampouco as relações em cadeia de poder desapareceram. O sistema capitalista, com a burguesia, entrou em cena, e um novo direito começou a se estruturar em função da nova realidade. Uma nova realidade, com a qual o direito se deparou na época foi a liberdade. Como o poder e o direito se comportariam com a liberdade? Rosseau, romanticamente, sustentava que cada cidadão seria tão transparente socialmente que consequentemente operaria uma vigilância automática da coletividade: a opinião de todos sobre todos geraria uma vigilância contínua e completa. Rosseau sonhava “... uma sociedade transparente (...) que os corações se comuniquem uns com os outros, que os olhares não encontrem mais obstáculos, que a opinião reine, a de cada um sobre cada um.” (ROSSEAU, apud Focault⁶, 2014, p. 215). O jurista Bentham, posterior a Rosseau e mais ousado e prático, propôs o panopticon. Por essa linha de entendimento do poder e do direito, a vigilância e o controle social se faria pela vigilância contínua de observadores. Essa tática de poder e de direito foi aplicada largamente nas prisões inglesas e ocidentais. E tal filosofia de vigilância e de controle social se difundiu e se reforçou entre as sociedades atuais. Atualmente, muito se fala, no direito, das liberdades individuais e de seu controle. Quem assume, pois o seu controle é o estado, instrumentalizado com um complexo sistema jurídico com vieses econômico, político, trabalhista, rodoviário, fiscal, judicial, penitenciário etc.

Além dessas fontes históricas do direito, remanescentes nos conhecimentos do direito, protagonizam-se outras, são as efetivas fontes de direito. Cada sociedade possui o seu conjunto de leis. Há leis reguladores da política, do emprego, da educação, da saúde, dos transportes, da seguridade social, da segurança interna e externa, da justiça, da punição, do consumo, do comércio, do ambiente etc. E, para legitimar, todas as leis dos vários segmentos sociais, existe a lei basilar: a constituição. Desta procedem consoantemente todas as demais. A constituição como fonte de direito é o objeto principal de interesse do garantismo jurídico e, especificamente, penal. Nela reside ou não as garantias de interesse dos cidadãos. No caso da Constituição brasileira, pode-se afirmar

com segurança que a mesma atende aos princípios garantistas. De acordo aos anseios e necessidades atuais da coletividade ela assegura o direito à liberdade, à vida, ao trabalho, à educação, à moradia, à saúde, à seguridade, ao ambiente saudável etc. Depois de constatada a legitimidade garantística de uma lei como a constituição, resta conferir sua efetividade. Com frequência, a prática da lei não corresponde ao que ela dispõe e requer.

A Ciência do Direito

Cabe à ciência do direito esquadrihar o direito positivado em cada época histórica de uma coletividade humana, porque, sendo o direito uma obra humana, varia no transcurso do tempo mediante às novas exigências sociais. Os seus métodos são basicamente dois: análise e interpretação.

Pelo estudo criterioso, verificou-se que, no período medieval e pré-moderno, o direito era jurisprudencial e doutrinário, respectivamente pela falta de um sistema jurídico integrado e pela adoção de critérios valorativos dogmáticos. Seria razoável dizer que, nesses períodos, não houve espaço para atuação eficiente de uma ciência do direito, porque não havia um corpo (objeto) jurídico definido. Por exemplo, Zaffaroni afirma que

“Nem sempre a lei penal teve o conteúdo e a forma que hoje atribuímos a ela. O que em outras épocas se conheceu como direito e objeto do estudo da ciência jurídica, hoje frequentemente não se considera como tal. Não pode ser de outro modo, porque nossa ciência – como todas – tem tido horizontes de projeção diferentes, que lhe têm assinalado limites distintos ao seu domínio e que foram sustentados por ideologias cunhadas por outras estruturas sociais e outras formas de controle social.”
(ZAFFARONI, 2008, p. 158).

Com a criação do estado de direito, no século XIX, a situação jurídica mudou radicalmente: definiu-se uma fonte de direito e uma codificação. O estado tornou-se detentor do direito e instituiu as leis, a partir de uma constituição. A ciência prática do direito passou, então, a ter seu objeto de estudo e aplicação. Por um lado, os juristas puderam e podem levantar um estudo teórico do sistema jurídico criado pelo estado; por outro lado, puderam analisar, aplicar e questionar as normas emanadas do estado. Ferrajoli, por exemplo, ao comentar sobre a capacidade do estado de cumprir suas propostas legais, afirma que “A análise das formas desta perda da legitimação constitui um dos principais problemas teóricos de uma ciência jurídica garantista.” (ZAFFARONI, 2008, p. 800). As consequências de um sistema jurídico para estudo e aplicação são incontestavelmente tangíveis. A ciência do direito em um processo analítico, por exemplo, pode e deverá

operar o reconhecimento normativo, constatar lacunas ou excessos, antinomias, objetividade ou subjetividade; ao confrontar o texto legal com a realidade, poderá verificar a legitimidade, a validade e a efetividade; e, a partir de uma reflexão crítica, interpretar o grau de eficácia de uma norma, de um subsistema ou de um sistema jurídico.

A perspectiva do garantismo é esta: analisar os textos legais, confrontá-los com a realidade e interpretá-los criticamente quanto sua validade, legitimidade, efetividade etc. A ciência garantista firma-se em atuar sobre a mera e estrita legalidade, isto sim, enquanto a aplicação prática da ciência do direito. Porque os juristas dessa corrente entendem que o direito vigente é uma criação humana com as características desejadas para um fim claramente definido. Então, defendendo uma anulação máxima do poder de punir do estado, trabalham com o critério da justificação interna, isto é, dispensando valoração moral ou política (justificações externas), buscam a objetividade.

A Teoria Garantista

A teoria do garantismo alcança toda a dimensão jurídica, não é apenas voltada à área penal. É posta como a teoria do estado de direito, cujo estado deve se expressar essencialmente democrático. O direito defendido pelo garantismo assume a qualidade de sistema, daí os seus defensores o chamarem de Sistema Garantista.

Um de seus aportes é a criação da lei ou das leis. Postula que o estado necessariamente se aprovisionará de jusfilósofos para a elaboração das leis. O primeiro ponto essencial para que o estado cumpra efetivamente seu papel jurídico é que crie leis perfeitamente elaborados (objetivas, atinentes aos direitos fundamentais e sem lacunas), para que sejam legítimas, válidas e efetivas. Sejam leis originais e íntegras ao ponto de o jurista buscar puramente uma justificação interna nas mesmas, para acusação e defesa. Na medida em que o estado se tornou o *ius puniendi*, nada mais coerente do que esperar do mesmo a legislação sistêmica e eficaz para o funcionamento do organismo social. Atualmente, nas democracias, existem sim as personalidades responsáveis pela criação das normas jurídicas; no Brasil, por exemplo, o Poder Legislativo dos quatro segmentos governamentais (Nação, Distrito Federal, Estados e Municípios), são os responsáveis pela produção da legislação da sociedade. Ele goza da autonomia para o seu labor jurídico-filosófico. O mesmo está livre para recusar elementos prejudiciais às leis como dogmas e valores e também para suavizar o poder punitivo do estado com prescrição de penas menores ou alternativas, ou até mesmo com a extinção de penas. Se o próprio Poder

Legislativo criou corretamente um leque de direitos fundamentais, confere-lhe a responsabilidade de criar leis subsidiárias desses direitos. Por exemplo, na Constituição Federal, estatuiu o direito de liberdade, cabe ao legislador oferecer ao agentes jurisdicionais os mecanismos normativos para a efetividade da liberdade do cidadão com base na justificação interna da lei específica. Ocorre a anulação do princípio, por exemplo, quando um juiz decreta a prisão preventiva de alguém como medida cautelar. Nessa circunstância, o cidadão é constrangido e privado de seu direito fundamental por uma justificação externa à lei. Para o garantismo isso é uma aberração: o estado deixa de cumprir o direito estabelecido por ele mesmo e comete um crime. Em casos assim, o estado perde sua legitimidade e também a lei, que se torna inválida. E a mera legalidade defendida pelo garantismo, então, terá falhado. Para evitar essa inconveniência e esse dano, o legislador precisa atuar com uma depurada racionalidade, de tal maneira que expurgue das leis os espaços para as arbitrariedades, as subjetividades, as falsas interpretações e o descumprimento.

Outro aporte fundamental do garantismo é a aplicação da legislação. Os agentes jurisdicionais, como os juízes, devem observar a estrita legalidade. Diante de um fato supostamente lesivo, a autoridade competente deve buscar a sua justificação e comprovação dentro da norma objetivada. Se esta tipifica algum ato ou omissão como crime, se provada a comissão ou omissão do mesmo, caracterizada fica a culpabilidade, como também fica compreendida a pena, na norma, aplicável ao responsável. Obviamente, se a norma não descreve determinada proibição, livre está o cidadão para praticar livremente a ação não proibida. E o juiz não poderá imputar qualquer pena, assim como um advogado não terá dificuldade em demonstrar a imputabilidade. Também, por essa razão, todos os cidadãos serão tratados como iguais, porque não entrará no jogo decisório judicial as características pessoais, antropológicas, políticas, religiosas etc. As influências externas perdem totalmente seu poder de justificação. “... o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas na lei mas também pela hipótese da acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial.” (FERRAJOLI, 2010, p. 40). Compete às partes, especialmente ao juiz, o reconhecimento das normas e o conhecimento dos fatos para verificação empírica. Aristóteles afirma que “leis bem dispostas determinem por si tudo quanto seja possível, deixando aos que julgam o menos possível...” (ARISTÓTELES, apud Ferrajoli, 2010, p. 41).

Esses dois postulados do garantismo concretizam a racionalidade criadora do direito. Este é uma criação humana, como o é toda a cultura humana. Por causa disso é suscetível de assumir os contornos que o seu criador quisesse ou puder lhe imprimir. Ferrajoli afirma: “O direito é uma construção humana e pode elaborar ele mesmo condições e critérios de justificação das decisões por ele admitidas como válidas.” (FERRAJOLI, 2010, p. 71) Como exemplo dessa verdade, pode-se mencionar os direitos autoritários e selvagens de sociedades passadas. No caso dessa teoria contemporânea, opera a inteligência humana em função da simplificação e eficiência. Essa simplificação e essa eficiência se traduzem, na prática, a possibilidade de formulação de um direito máximo e pena mínima dentro de um estado de poder moderado. Esse direito máximo se instituiria com a inclusão do maior número possível de garantias de direito nos diplomas legais e a pena mínima com exclusão da tipificação de delitos e/ou com a tipificação de penas menores. O direito se tornaria mais exequível, mais efetivo e mais legítimo, especificidades que os estudiosos do assunto aprovam como meritocráticos na prática do direito. A pena, por exemplo, é tida como mais eficaz segundo a certeza de sua aplicação e menos pela sua gravidade. Desse modo, o direito que se deseja implementar com o garantismo se manifesta mais suave e mais efetivo, fundado na expectativa de que os cidadãos já são capazes de um grau mais alto de civilidade e superaram ou vão superando o estágio da vingança.

Berço do Garantismo

No meio jurídico, é sobejamente claro que os direitos fundamentais (e atualmente inclusos nos diplomas legais) só começaram a ser debatidos a partir do século XVIII, em função das ideias de liberdade, difusão de culturas, expansionismo populacional, mudanças sociais e o surgimento de várias ciências, dentre outras motivações.

Nos séculos anteriores, incluindo a Antiguidade e a Idade Média, o que se praticava, na área criminal, em todo mundo, eram penas cruéis, por conseguinte, desumanas e desproporcionais ao delito, tais como tortura, mutilação, chibatadas, degredo, segregação e morte. Ferrajoli diz que “Seria impossível fornecer um inventário, ainda que sumário, das atrocidades no passado concebidas e praticadas sob o nome de “penas.” (FERRAJOLI, 2010, p. 355) E: “... o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimento incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.” (idem). Desventurado aquele que fosse acusado de algum crime, pois poucas chances tinha de livrar-se da condenação e da sentença

capital. A Justiça, encarnada especialmente na personalidade da autoridade máxima da comunidade ou nação, não dispunha de uma legislação própria, segura e eficaz para a lide criminal. O processo de apuração criminal se homologava à margem da apuração dos fatos, a autoridade competente se baseava em mitos, costumes de sua comunidade, privilégios sociais, preconceitos e crenças absurdas, colhia-se daí resultados arbitrários. Mas esse panorama começou a mudar radicalmente, nas culturas ocidentais, com o Iluminismo, no referido século XVIII. Segundo Rabelo,

Esta origem iluminista é marcada pelas obras de Charles de Montesquieu e Cesare Beccaria. A obra *De l'esprit des lois*, de Montesquieu, foi o primeiro trabalho que tratou especificamente da relação de necessária proporcionalidade entre crimes e penas. No mesmo sentido, *Dei delitti e delle pene*, de Beccaria, obra que teve como ponto de partida uma concepção estatal e laica do crime (de modo que todo delito constitui um atentado à soberania do Estado), concebe a reação estatal ao crime como defesa da soberania, ou da sociedade, uma espécie de “defesa social”. E desse período, vale ressaltar, deve-se a codificação da proporcionalidade inclusive na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, em seu art. 8º, versa a seguinte regra: “a lei não deve estabelecer outras penas que as estritas e necessárias. (RABELO, 2009).

Patenteou-se, com essa obra de Cesare Beccaria um estudo voltado a aplicabilidade da pena, um livro crítico em que se fundamentava um direito penal de segurança em contraposição ao terror social. Ficou evidente o reconhecimento dos direitos fundamentais do cidadão, embora não se igualassem aos preceituados atualmente nos diplomas constitucionais.

Esse autor compreendeu que a sociedade, em vista de manter a ordem, livrando-se dos maus cidadãos, na lei penal, assentou um contrato social. Nesse contrato estariam definidos os delitos e suas penas, as quais pesariam mais que o bem auferido pelo infrator, para que a punição desestimulasse a prática do crime. O autor, confiante na prevenção do crime por intermédio da lei intimidadora, repulsava os procedimentos de punição aflictiva. Defendia até mesmo a agilidade da sentença condenatória para que o culpado não ficasse a sofrer na expectativa da punição futura. Dentre os frutos de seus estudos, estava a distinção que operou entre o divino e o direito, a moral e lei, entendimento que evitava criminalizações infundadas. Com uma aplicação infalível da pena, e esta mudada para privação da liberdade – modalidade nova e implantada no primeiro Código Penal da França de 1791 – acreditava que conseguisse o bem-estar social sem traumas pessoais do culpado. Sua obra representou um passo decisivo na evolução do direito penal, rompendo-se com um direito arbitrário, irracional e perverso, praticado há séculos.

Uma outra personalidade que ofereceu rica contribuição à evolução do direito foi o jurista inglês Jeremy Bentham, contemporâneo de Beccaria. Além das melhorias encontradas em Beccaria, idealizou o sistema penitenciário britânico com a metodologia da ressocialização do réu, em ambiente panótico. Nos termos em que fora possível, os detentos participavam de estudos e trabalhos, nos presídios, durante o cumprimento da pena. Seriam duas formas acertadas de resgatar a sã personalidade do infrator.

Após essa obra, vários estudos foram feitos versando sobre o indivíduo que cometesse delito digno de punição, entre eles Hans Welzel e Luigi Ferrajoli, autores que também colaboraram muito com o aperfeiçoamento do direito. Sendo o último, nosso contemporâneo. O primeiro, com a sua teoria finalista da ação, colaborou na compreensão do crime, algo que encaminha para a isenção dos fatos ou evita erros e condenações indevidas. Conforme Brandão, (2000, 92): “A espinha dorsal da ação final é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal.” (BRANDÃO, 2000, P. 92). Essa teoria resolveu o problema da isenção no tratamento do delito, especialmente porque o código foi posto como o referencial, tanto para o dolo quanto para a culpa. Nessa teoria, pressupõe-se que o sujeito seja conhecedor real ou potencial da norma, à qual deve-se se adequar. O delito passa a existir na medida em que o sujeito a contrapõe ou a ignore. O segundo propôs a teoria do garantismo, colocando-se, hoje, como vanguarda. Sua teoria, fomentadora do respeito aos direitos fundamentais do condenado, inspirou a democratização ou flexibilização do direito atual a partir dos textos constitucionais. Pela trilha dessa teoria é que se defende a humanização das penas.

Então, se o Iluminismo procurava reformar o direito com a entregadeste ao poder estatal, por meio de legislação própria, para expulsar as subjetividades e os arbútrios penais, conseguiu lançar as bases do Estado de direito, empreendimento retomado e implementado no final do século XX pelos defensores do garantismo. Atualmente, há um acentuado esforço jurídico em prol da defesa dos direitos fundamentais, o que consiste na despenalização, penas alternativas, redução de penas e cumprimento dos direitos pelo estado.

Evolução do garantismo: dos conceitos gerais ao leque de princípios

Inicialmente, na construção do direito moderno, movida pelo movimento libertário iluminista, defendeu-se a direito estatal, com a preocupação principal de assegurar a

liberdade e a vida. Posteriormente, na construção do direito pós-moderno, defendeu-se o direito jurídico do estado, para obter-se do mesmo uma série de garantias.

O movimento iluminista defendeu um estado democrático. No longo período medieval, prevaleceu o modelo político absolutista e autoritário, com a grave prática de arbitrariedades e atrocidades penais. Com a nova estrutura social de profissionais independentes e classe de trabalhadores e de pessoas, eclodiu a necessidade de espaços de participação popular na política e nos poderes de decisão. E, especialmente, com criação dos estados-nação. Cada estado careceria de legislação própria para regular o funcionamento político, jurídico e social. Dispôs-se, então, ao estado o dever de legislar, cuja legislação se caracterizou como um pacto entre estado e sociedade. A sociedade se colocou na condição de cumpridora de obrigações legais. A violação das leis pela sociedade, culminaria na decretação da pena. A nova ordem legal apresentou a indiscutível vantagem de suprimir as arbitrariedades do poder punidor, como também encontrou ocasião propícia de se desvencilhar das penas cruéis ou extralegais. Essa ruptura com o velho modelo jurídico-punitivo foi um grande avanço das reivindicações de direito daquelas gerações do século XVIII. As gerações futuras tornaram-se cada vez mais dinâmicas e participativas nas decisões de interesse de suas nações. Em síntese, de início, a reivindicação popular era pelos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade. As pessoas sentiam, sem dúvida, o sofrimento da opressão, das desigualdades sócio-econômicas e das discriminações. Pertenciam a uma sociedade desintegrada, corrupta e violenta. Com as suas lutas, então, derrubaram os regimes autoritários e opressores e se conduziram na construção de uma sociedade democrática de direito. Ousaram a pautar, então, as ações sociais e individuais, de acordo com as leis superiores e inferiores, com base na justificação interna das leis, coisa inteiramente diversa do modelo jurídico anterior, embora se reconheça que fosse em grau limitado. Ferrajoli declara que “Provavelmente não houve, na História, nenhuma revolução “político-institucional” tão radical.” (FERRAJOLI, 2010, p. 801), Substituíram, pois um ordenamento jurídico desintegrado de fontes como religião, política, feudos etc. por um sistema unitário de caráter laico e positivado, sobre o qual pôde atuar a ciência do direito.

Na pós-modernidade, no final do século XX, com outras transformações sociais plurissignificativas, o direito estatal somou outro viés: a inclusão dos direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à liberdade, à habitação, à educação, ao trabalho etc. As sociedades ocidentais, passaram a reivindicar direitos do estado, isto é, passaram a exigir

Direito & Realidade, v.4, n.1, p.58-76/2016

benefícios do estado. Este deixou de ser apenas produtor de legislação, mas passou a ser cumpridor de obrigações legais com o cidadão. Ferrajoli observa que “Se durante a era liberal foram considerados vitais apenas os direitos à vida e à liberdade, e neste século os direitos a um lar, ao trabalho, à educação etc., hoje o elenco dos bens fundamentais está mais extenso, tendo crescido o número de ameaças às condições naturais de vida.” (FERRAJOLI, 2010, p. 798) Para além do estado democrático de direito, a sociedade contemporânea reivindica um estado social de direito. O estado produz, hoje, leis que ele mesmo deve cumprir, abrangendo as várias áreas das necessidades humanas, todas com a possibilidade de judicialização.

Endossado pelas considerações acima, o direito penal ocupa um espaço privilegiado dentro do direito e dentro do garantismo. Ferrajoli explica que “O direito penal nasce, precisamente, neste momento, quando a relação bilateral ofendido/ofensor é substituída por uma relação trilateral, que coloca em posição imparcial uma autoridade judiciária.” (FERRAJOLI, 2010, P. 310) Essa autoridade judiciária é o juiz. Este não pode ser árbitro da própria causa. Não pode julgar sob interesse de qualquer das partes. As partes conflitantes devem nutrir a confiança de um julgamento imparcial. E, pelas vias do garantismo, com vistas à prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou excessivas, a Justiça deve seguir os princípios gerais do direito máximo e pena mínima, após verificada a responsabilidade, mediante a confrontação dos fatos julgados com as normas penais. Pelo lado prático das garantias e processualísticas penais, o crime legalmente invoca e se submete aos seguintes princípios:

1 Nulla poena sine crimine; 2. Nullum crime sine lege; 3. Nulla Lex (poenalis) sine necessitate; 4. Nulla necessitas sine injuria; 5. Nulla injuria sine actione; 6. Nulla actio sine culpa; 7 Nulla culpa sine judicio; 8. Nullum judicium sine accusatione; 9. Nulla accusatio sine probatione e; 10 Nulla probatio sine defensione.
(FERRAJOLI, 2010, p. 91).

Uma vez trabalhados estes dez princípios sob a estrita jurisdicionalidade, o garantismo penal alcança seu objetivo. Eles representam as dez condições do poder punitivo; se se descumpre qualquer deles gera-se uma distorção no processo e prejuízo dos resultados. Eles atendem ao que se chama de Estado de direito, o qual o Estado obriga-se a praticar, segundo às normas constitucionais e penais.

O Estado Democrático de Direito

Um estado democrático só se efetiva por meio de um direito das garantias fundamentais. Nas sociedades ocidentais, esse empreendimento se iniciou com os ideais de liberdade do Iluminismo e vem se consolidando mais efetivamente a partir das últimas décadas do século XX com a adoção das constituições garantistas cidadãs.

Antes do modelo democrático, prevaleceu o modelo absolutista autoritário. O direito operava sob a custódia da arbitrariedade, o que acarretava vários desacertos como a punição de inocentes, além de incutir na sociedade um temor constante de punição e agredir frontalmente a liberdade individual e social. O Estado democrático de direito se eleva em função da tutela da imunidade dos inocentes. Assim que se garanta verdadeiramente a proteção dos inocentes, automaticamente, protegida fica a liberdade dos cidadãos. A segurança social, então, se estabelece. Do contrário, tanto os delitos quanto as penas arbitrárias geram insegurança e instabilidade social. O cidadão precisa alimentar a confiança no sistema judicial, para que se sinta confortável. Para Ferrajoli, “Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito.” (FERRAJOLI, 2010, p. 506). E, se o estado não consegue garantir os direitos do inocente, entra em falência de sua função jurisdicional, perde a sua legitimidade política da jurisdição. O mesmo precisa garantir a certeza e previsibilidade de sua intervenção, por isso depende de um sistema normativo jurídico racional, para uma aplicação também racional. O objetivo é assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade na tutela dos direitos do homem. Além disso, o Estado de direito deve prever um número suficiente de direitos para contemplar as várias necessidades de segurança de subsistência pacífica do homem. Nesse particular, as constituições das sociedades mais desenvolvidas estão bem situadas. Há, por exemplo, no Artigo 5º de nossa Constituição Federal, em dezenas de incisos, uma abrangente descrição dos direitos individuais e sociais como o direito à saúde, ao trabalho, à educação, à liberdade, à habitação, ao esporte, ao lazer, à vida etc. No tocante ao direito penal, alguns aspectos são marcantes dentro do Estado democrático de direito: a separação do poder judiciário, o processo legal, a publicidade, a cognição, tipo e momento da punição. A isenção do poder judiciário, como o Ministério Público, em relação ao ofendido e ofensor representa uma garantia de um resultado positivo do julgamento. Diante de um fato ou suposto fato desviante, instaura-se um processo com trâmites normativos, com o objetivo de se obter as melhores respostas. A publicidade oportuniza a comunidade acompanhar o desenrolar do processo e pode tirar suas próprias conclusões sobre acusação e defesa e

Direito & Realidade, v.4, n.1, p.58-76/2016

também pode fiscalizar a ação judiciária. Num processo legal garantista, pressupõe-se que se desenvolva uma tese de defesa mediante o conhecimento dos fatos, subsidiada pela justificação exclusiva interna. Um Estado democrático de direito deve aplicar uma pena simbólica, despida de caráter utilitarista, prevencionista ou correcionista. Segundo Ferrajoli (2010, p. 386), “O que não pode ser perdido é o caráter privativo da pena, que é condição de sua certeza, legalidade e determinação.” e “... as penas privativas de direitos deverão ser previstas como principais para determinados delitos...” (FERRAJOLI, 2010, p. 386). Jamais pudesse privar completamente o cidadão de sua liberdade, pois é um direito fundamental como a vida. E o momento da punição se coloca como uma outra questão importante do direito, pois se pergunta: Quando punir? Privar a liberdade, por exemplo, antes da sentença condenatória, na chamada prisão preventiva? O garantismo penal, defensor do Estado democrático de direito, sustenta que não. Tampouco punir além do que a sentença determina. A pena, portanto, deve ser apenas uma consequência, jamais uma antecipação preventiva do que pode vir a ser.

As antinomias do garantismo: as subjetividades, a não efetividade, os multipoderes, a discricionariedade do juiz, a distorção da ciência jurídica etc.

O garantismo é um modelo teórico e científico jurídico novo, é contemporâneo e defronta com uma série de problemas jurídicos a serem superados para que o Estado democrático de direito atinja ou aproxime ao máximo do seu ápice. Os próprios juristas dessa corrente admitem que o cumprimento pleno é utópico.

A justificação de uma pena através de meios externos produzem verdadeiros erros penais ou prejuízos penais. A moral é um valor tomado para justificar uma pena, no sentido de aumentá-la ou minimizá-la. Traz à baila as considerações do que foi, é ou do que pode ser o ofensor. Atribui ao agressor algum grau de periculosidade, hostilidade ou imoralidade. Substancia-se a decisão penal pelas qualificações do réu. Segundo Ferrajoli, “Trata-se, com efeito de um técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou, pior ainda a identidade subjetiva do réu e que, por isso, tem um caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal.” (FERRAJOLI, 2010, p. 98),

Costuma haver um descompasso entre normatividade e efetividade. A prática não corresponde ao que determina a lei. Aquilo que deve ser não acontece. As ações policiais são exemplos de ações típicas de violação total ou parcial das normas. Cidadãos, muitas vezes, são vítimas fatais ou constrangidas pelo desrespeito aos seus

direitos. Observa-se que acontece a duplicação do sistema punitivo. Ferrajoli diz: “Podemos ter um processo legal perfeito, mas ele será sempre uma pobre realidade se o monopólio judiciário do uso da força contra os cidadãos não for absoluto e exista uma força pública que aja sem vínculos legais.” (FERRAJOLI, 2010, p. 705).

A prisão preventiva corrompe o direito, por suplantar a presunção da inocência. A Justiça que a aplica argumenta pela proteção da produção de provas, controle de fuga do acusado e risco deste cometer outros danos, além de forçar a aplicação de uma penalidade imediata. Se por um lado essa prática desrespeita o princípio da legalidade, por outro suprime do acusado a liberdade necessária para se defender em condições de igualdade com o acusador. Essa prática gera vários prejuízos ao cidadão indiciado.

A sociedade é um campo fértil da existência e exercício de multipoderes. Grupos sociais, instituições, profissionais, o estado, famílias etc. exercem seus poderes entre si e, frequentemente há prevalência dos fortes sobre os fracos. Se o direito procura estabelecer os limites das liberdades das partes, o poder se insurge contra isso ou contra liberdade de cada um. Para Ferrajoli “O poder tem o específico efeito de produzir desigualdade, disparidade, ordenação, disciplina, relação de sujeição.” (FERRAJOLI, 2010, p. 586), Por contingência, toma ocasião o poder extrajudiciário com prejuízo a uma das partes pelo fraquejamento do poder judiciário.

O juiz é a ferramenta chave do processo penal-legal: sobre ele está a responsabilidade de tomar e expressar o conhecimento da norma aplicado sobre um caso concreto. Sabe-se bem que o mesmo nunca chegará a ser plenamente isento ou qualificado quanto à interpretação da lei e sua aplicação sobre o desvio. Ou também que a conotação da norma seja sempretão clara para evitar qualquer dúvida de reconhecimento e interpretação da verdade processual. Todavia, confia-se em que o juiz não se distancie prejudicialmente da norma ou da verificabilidade do fato. Para Ferrajoli (2010, p. 161), “À medida que abrem incertezas insolúveis no plano cognitivo, tais carências deixam espaço ao poder de disposição, isto é, ao decisionismo do juiz, inevitavelmente informado por critérios subjetivos de justiça substancial ou ‘políticos’”. (FERRAJOLI, 2010, p. 161),

As ciências jurídicas apresentam disparidades entre si em algum aspecto particular ou sobre toda a linha teórica. Por exemplo, sobre a equidade recaem interpretações distintas dessa ou daquela corrente jurídica sobre o mesmo fato. Se o tipo é único, a cognição deveria ser única e as conseqüências equivalentes. Mas como o fato concreto é

único e singularizante, o juiz o assimila e o julga segundo seus parâmetros de equidade. Isso, embora legítimo, resulta uma resposta diferente.

A utopia do garantismo e sua aplicação

Este é utópico? Sim. Mas é aplicável? Sim.

Como uma corrente propedêutica, justifica-se plenamente no plano teórico, científico e prático: mantém-se na perspectiva progressiva de melhora. Por um lado, aplica-se o labor de aperfeiçoamento normativo constitucional para abarcar a maior extensão de valores fundamentais e adequá-la à “constituição material”. Os estudiosos do direito procuram equacionar a difícil matemática de oferecer mais com menos, isto é, melhores resultados de benefícios sociais com menos exigência dos cidadãos. Por outro lado, procuram responsabilizar o Estado pelo cumprimento integral das promessas contidas nos diplomas constitucionais e infraconstitucionais. Essa pressão para cumprir o inatingível, joga o Estado na ilegitimidade, o que consiste o viés utópico do garantismo e traz para si um problema teórico. Pelo fato de o garantismo ver o direito como uma justificação externa ou heteropoiética, a sociedade é colocada em condição privilegiada ao estado. Com isso reverte-se o ponto de vista tradicional de que o estado seja o ente privilegiado, ao qual se deva submeter e servir. Conclusivamente, Ferrajoli esclarece que “... o pressuposto do garantismo é sempre uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de limites e garantias, a degenerar em despotismo.” (FERRAJOLI, 2010, p. 816) Patenteia-se a consciência da imperfeição de qualquer sistema jurídico, especialmente o sistema de Estado democrático de direito com as suas supraexpectativas. Porém, essa consciência deva ser considerada positiva, na medida em que estimula legisladores e juristas a laborarem com desvelado empenho para alcançarem melhores resultados.

O garantismo, pois, projeta-se no modelo de Estado democrático de direito, auspiciando mudar a polaridade de função do Estado, aperfeiçoar o direito e subtrair dos cidadãos a carga de criminalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema garantista se apresenta como um modelo de direito trilateral, público, reducionista, fundado na mera e estrita legalidade, resultante de uma evolução social, com fins a uma sociedade mais harmônica e livre de vingança, zelosa dos direitos fundamentais.

Se a pena nasceu sob o espírito negativo da vingança, o direito penal nasceu na sua contramão: impedi-la. Enquanto se vingava, em tempos passados, violavam-se os direitos fundamentais, dos quais não se falava como tais, mas existiam como a vida e a liberdade. O mais fraco, nessa situação, fosse a vítima do delito ou o alvejado da vingança, saía, inevitavelmente, perdedor, porque não havia livramento, como hoje tem o Poder estatal para essa função. Atualmente, quando o Poder público tarda, erra ou se omite a garantir a tutela ao mais fraco, termina violando os direitos fundamentais, por exemplo, quando prende um inocente, quando não instaura um processo penal necessário ou a morosidade da Justiça dá ocasião à defesa privada. O garantismo entra justamente para garantir essa tutela dos direitos ou valores fundamentais, sob a aprovação da maioria ou não, e a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e punições. Mas, para cumprir plenamente seu objetivo, precisa contar com leis legítimas, válidas e efetivas. Dentro do Estado democrático de direito existe o espaço e os fundamentos legais para aplicação de uma perfeita jurisdiccionariade, de tal sorte que os litígios sejam propostos e resolvidos sob um clima de perfeita confiança na ação da Justiça. Com um grau maior de inteligência jurídica conseguido no direito, já é possível a prática do mesmo sob a filosofia da heteropoiética. Essa inversão da tradição do direito em relação ao estado canaliza eficazmente a defesa dos direitos fundamentais e define com mais propriedade a razão do estado. Este existe para servir, eis a razão de sua criação: está a serviço da sociedade. Dessa maneira, o direito penal, por exemplo, não se aplica em defesa do estado, mas em defesa do infrator e/ou do seu par conflituoso.

Assim, o Sistema Garantista foi pensado para beneficiar a sociedade, segundo suas prerrogativas legais e seus interesses. Jamais se pensará, por exemplo, num Sistema Garantista para defesa de um modelo de estado totalitário ou autoritário. A ciência desse direito interpreta e aplica uma lei ou leis que minimize(m) as penas e amplie(m) os direitos à vida, à liberdade, à segurança, à saúde, à habitação, à educação, ao trabalho, ao lazer, ao esporte etc. Ou, também, para descriminalizar(em), para retirar(em) a carga negativa da sociedade e a expectativa da vingança. O Sistema Garantista almeja engajar a sociedade num processo de civilidade total.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
Direito & Realidade, v.4, n.1, p.58-76/2016

ÁVILA, H. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. Estudos sobre Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.
FERRAJOLI, Luigi, Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder, 28ª ed., Editora Record, 2014.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais - Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006.
SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. volume 1: parte geral.* 7 ed.. rev. e atual. 2. tir.- São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.