

GARANTISMO JURÍDICO E PROCESSO PENAL:
introdução à teoria garantista de Luigi Ferrajoli

Professor: Leonardo Marcondes Machado

- ✓ Instagram: www.instagram.com/leonardomarcondesmachado
- ✓ Telegram: https://t.me/processo_penal
- ✓ Youtube: <https://www.youtube.com/user/proflmm>
- ✓ Site Oficial: www.leonardomarcondesmachado.com.br

1. Noções Gerais.

Autor e Obra. Luigi Ferrajoli nasceu em Florença/Itália, na data de 06 de agosto de 1940, e atuou como juiz, entre os anos de 1967 e 1975, ligado ao movimento “magistratura democrática”. Quanto à atividade docente, lecionou na *Università di Camerino* as disciplinas de Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito, sendo que, desde o ano de 2003, figura nos quadros da *Università degli Studi Roma Tre*. Tornou-se bastante conhecido no campo penal por sua teoria garantista, especialmente depois da publicação, em 1989, de *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale* (“Direito e Razão: teoria do garantismo penal”), cuja primeira tradução espanhola data de 1995 e a edição brasileira do ano de 2002.¹

Destaque-se, contudo, que a produção bibliográfica de Luigi Ferrajoli não se limita à popular obra “Direito e Razão” tampouco fica circunscrita à esfera penal. São inúmeros trabalhos nas áreas de filosofia, epistemologia, ética, teoria do direito e democracia (dentre outras). Podem-se citar, a título de exemplo, as seguintes obras: “Teoria assiomatizzata del diritto”, “La sovranità nel mondo moderno”, “La cultura giuridica nell'Italia del Novecento”, “La sovranità nel mondo moderno”, “Diritti fondamentali”, “La democrazia attraverso i diritti”, “Poteri selvaggi”, “La logica del diritto” e “Principia iuris” (3 volumes).²

Teoria Geral do Garantismo. A expressão *garantismo* foi introduzida no léxico jurídico no contexto italiano dos anos 1970, mais especificamente no âmbito do direito penal, muito embora possa ser estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o garantismo seria sinônimo de “Estado Constitucional de Direito”.³

¹ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Introdução Crítica à Investigação Preliminar*. 01 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 92.

² MACHADO, Leonardo Marcondes. *Introdução Crítica à Investigação Preliminar...*, p. 92.

³ PISARELLO, Gerardo; SURIANO, Ramón. Entrevista a Luigi Ferrajoli. Isonomia – Revista de Teoría e Filosofía del Derecho, Mexico, n. 9, pp. 187-192, 1998 *apud* TRINDADE, André Karam. Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política.

Nas palavras de Bobbio, ao prefaciando a primeira edição da obra “Direito e Razão”, o “sistema geral do garantismo jurídico” se confunde com a “construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal”.⁴

Paradigma Constitucional Garantista. Nos moldes propostos pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, o paradigma constitucional garantista determina “o estabelecimento de limites e vínculos tanto à atuação pública como à atuação privada, com fins para o Estado de Direito, sobretudo pela proposição de uma democracia substancial”.⁵

Releitura Garantista. Conforme Salo de Carvalho, na busca por novos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais e da democracia, a teoria garantista propõe uma releitura de três dimensões da esfera jurídico-política que subordinam a prática penal: “(i) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (ii) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e (iii) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política)”.⁶

Garantismo Penal. Não se confunde com o abolicionismo⁷ tampouco com o autoritarismo penal. Ferrajoli defende “que em uma sociedade bem mais democrática e igualitária seria necessário um direito penal mínimo, como único meio de evitar males maiores” (a vingança, pública ou privada, ilimitada).⁸

Revista Eletrônica – Faculdade de Direito de Franca, v. 05, n. 01, Jul. 2012, p. 4. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156/98>>.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 04 ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 04 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 7.

⁵ COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O Paradigma Constitucional Garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, Jul./Dez. 2013, p. 414. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423>>.

⁶ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 96.

⁷ Segundo Copetti, dizer que o garantismo defende a abolição do sistema penal é antitético ao seu próprio modelo de direito. Não custa lembrar que Ferrajoli, diante de sua formação positivista crítica, desenvolve seu raciocínio jurídico a partir de autores como Kelsen, Hart, Ross e Bobbio, cujas obras enaltecem o direito como mecanismo idôneo à promoção da paz (COPETTI NETO, Alfredo. *A Democracia Constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 20). Vide, a título de exemplo, uma das críticas de Ferrajoli: “abolicionismo e justificacionalismo apriorísticos revelam-se, em resumo, para as hipotéticas ideológicas que recaem sobre ambos, paradoxalmente convergentes na legitimação daquele obsoleto do direito penal no qual a realidade parece concorrer com a utopia” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal...*, p. 317).

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal*. v.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 645.

2. Classificação do Sistema Garantista: o decálogo axiomático.

O chamado **decálogo axiomático garantista penal** representa “um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável”.⁹ São dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, representados pela letra A e pelos números 01 a 10 (A1 a A10) que, expressos em máximas latinas, estruturam o sistema penal garantista (SG) idealizado por Ferrajoli como “técnicas de minimização do poder punitivo institucionalizado”.

- A1 (“não há pena sem crime”) + A2 (“não há crime sem lei”) + A3 (“não há lei penal sem necessidade”) = Quando e como punir? = Garantias relativas à pena = Princípios de Direito Penal;

- A4 (“não há necessidade sem ofensa”) + A5 (“não há ofensa sem conduta”) + A6 (“não há conduta sem culpa”) = Quando e como proibir? = Garantias relativas ao delito = Princípios de Direito Penal;

- A7 (“não há pena sem processo”) + A8 (“não há processo sem acusação”) + A9 (“não há acusação sem provas”) + A10 (“não há prova sem defesa”) = Quando e como julgar? = Garantias relativas ao processo = Princípios de Direito Processual Penal.

3. Sistema Garantista. Axiomas e Princípios.

A1) “Nulla poena sine crimine” (“não há pena sem crime”): princípio da retributividade ou da conseqüencialidade da pena em relação ao delito;

A2) “Nullum crimen sine lege” (“não há crime sem lei”): princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;

A3) “Nulla lex (poenalis) sine necessitate” (“não há lei penal sem necessidade”): princípio da necessidade ou da economia do direito penal;

A4) “Nulla necessitas sine injuria” (“não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico”): princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;

A5) “Nulla injuria sine actione” (“não há ofensa ao bem jurídico sem conduta”): princípio da materialidade ou da exteriorização/exterioridade da ação;

A6) “Nulla actio sine culpa” (“não há conduta penalmente relevante sem culpa em sentido amplo – culpa ou dolo”): princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;

A7) “Nulla culpa sine iudicio” (“não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo criminal”): princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato e no sentido estrito;

A8) “Nullum iudicium sine accusatione” (“não há processo sem acusação” /

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal...*, p. 91.

“Nemo iudex sine actori”): princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;

A9) “Nulla accusatio sine probatione” (“não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas”): “princípio do ônus da prova ou da verificação”;

A10) “Nulla probatio sine defensione” (“não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa”): princípio do contraditório e ampla defesa ou da falseabilidade.