

Sobre como a famigerada ultima ratio pode ser usada para destruir as liberdades

Breves comentários à luz do Garantismo Penal Integral às Garantias relativas à pena, ao delito e ao processo, defendidas por Ferrajoli, e os supostos princípios que as integram

Adriano Alves-Marreiros

1. Introdução:

Como bem afirma Jean Marcelo da Rosa¹, Ferrajoli defende 10 princípios que podem ser divididos em 3 grupos: garantias frente à pena, ao delito e ao processo. Esses são os chamados axiomas defendidos pelo jurista italiano. Falaremos brevemente sobre cada um deles... Não iremos adentrar em discussões sobre ideologia política de Ferrajoli que poderiam revelar entrelinhas² no discurso tido como moderado do doutrinador: nos limitaremos a falar do que há de mais aparente, mais epidérmico. Este artigo não passará de uma breve análise, quem sabe introdutória de algo mais profundo no futuro...

Alexandre Salim em aulas no programa Saber Direito da Tv Justiça³ mostra que o Garantismo de Ferrajoli estaria inserido no Minimalismo penal e, sendo um meio termo, afastaria teses radicais nem adotando um estado antiliberal e nem uma liberdade selvagem. Mostra que Ferrajoli usaria técnicas de minimização do Poder estatal e se baseia em 10 axiomas (sistema garantista SG), divididos em 3 grupos:

Sobre a pena

- 1) *Nulla poena sine crimine* – não há pena sem crime.
- 2) *Nullum crimen sine lege* – não há crime sem lei.
- 3) *Nulla lex poenalis sine necessitate* – não há lei penal sem necessidade.

Sobre o delito

- 4) *Nulla necessitas sine injuria* – não há necessidade se não há também uma relevante e concreta lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado.
- 5) *Nulla injuria sine actio* .— Não há lesão sem conduta.
- 6) *Nulla actio sine culpa* – Não há conduta sem culpa.

Sobre o processo

- 7) *Nulla culpa sine iudicio* – Não há reconhecimento de culpa sem que o órgão jurisdicional a reconheça.
- 8) *Nullum iudicium sine accusatione* – Não há julgamento sem acusação.
- 9) *Nulla accusatio sine probatione* – não há acusação sem prova ou indícios suficientes de autoria.
- 10) *Nulla probatio sine defensione* – não há prova sem defesa: ampla defesa e contraditório.

É a partir desse axiomas que será desenvolvido o presente artigo.

¹ ROSA, Jean Marcelo da. A Doutrina do Garantismo e as Garantias Constitucionais no Processo Penal. Disponível em http://www.ajdd.com.br/links/artigos/pdf/direito_penal/art17.pdf Acesso em 29/10/2015.

² Lembramos que ele esteve ligado ao grupo "Magistratura democrática", uma associação de juizes de orientação esquerdista.

³ SALIM, Alexandre. Teoria do Garantismo Penal – aula em vídeo. Disponível em http://www.conteudojuridico.com.br/aula-em-video_direito-penal-atual-teoria-do-garantismo-penal-alexandre-salim-aula-1-6-videos-saber-direito.31716.html. Acesso em 29/10/2015.

2. Desenvolvimento

2.1. Meio termo de Ferrajoli e Princípio da proibição da proteção deficiente

Como dissemos supra, a teoria de Ferrajoli seria fruto do meio termo entre Poder Punitivo do Estado e Liberdade individual. Gostaríamos, de criticar, no entanto, o denominado “Garantismo à Brasileira” que, longe de estar nesse meio termo, se configura como uma das teorias radicais, próximas do abolicionismo e onde aquele que comete o crime tem todos os direitos e garantias existentes (e inexistentes!) e é visto como vítima, enquanto a vítima e a Sociedade são vistas como nada ou como meros opressores. Como muitos autores já defendem e o próprio STF corrobora em votos, existe um princípio da proibição de proteção insuficiente de um direito fundamental social. Douglas Fischer⁴ discorre bem sobre o assunto e cita decisão do STF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes do Recurso extraordinário n. 418.376-MS:

a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador."(Streck, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180)

Assim, seria inconstitucional qualquer interpretação que caracterize excesso de estado ou quando o estado abre mão do uso de certas sanções para proteger certos bens jurídicos. Para usar a expressão do mesmo Douglas Fischer, esse meio termo é exatamente o contrário do que pretende o “garantismo hiperbólico monocular”⁵ que predomina, hoje, na literatura jurídica brasileira, e que devia fazer que esta fosse considerada literatura de ficção, tal a sua falta de compromisso com a realidade.

Os axiomas de Ferrajoli, refiro-me apenas aos axiomas, como estão escritos (os transcritos acima) não inviabilizam a tutela e não geram a proteção insuficiente, exceto se desvirtuados como costumam ser no Brasil. Seguiremos analisando brevemente os supostos princípios que os integram. Cada axioma está vinculado ao anterior.

2.2. Garantias relativas à pena

1) *Nulla poena sine crimine*

Não há pena sem crime – Temos aqui o Princípio da retributividade. Segundo Freitas⁶, as Teorias absolutas da pena estariam ligadas a doutrinas de retribuição; embora algumas possam ser definidas como relativas, a depender do conteúdo a elas atribuído doutrinariamente; e as teorias relativas: ligadas à prevenção. Ele também

⁴ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral= direito adequado à defesa e não a um defensivismo diet. Disponível em www.gnmp.com.br Acesso em 28/10/2015.

⁵ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? Disponível em <metajus.com.br>. Acesso em 28/10/2015

⁶ FREITAS, Ricardo. Título V. Direito Penal Militar – Teoria Crítica & Prática. Editota Método. São Paulo. 1ª Edição. 2015.

afirma que parte da doutrina defende a existência das mistas que admitiriam doutrinas absolutas e relativas conjuntamente.

2) *Nullum crimen sine lege* – não há crime sem lei – Princípio da legalidade, que preconiza quatro preceitos, como bem explica Rocha⁷: a) princípio da anterioridade penal: a norma penal incriminadora deve estar em vigor antes do crime; b) normas penais incriminadoras devem ser escritas, vedando o costume incriminador; c) a lei penal também deve ser estrita, só a Lei formal pode fazer a definição típica incriminadora, evitando a analogia incriminadora e a d) a lei penal deve ser certa, ou seja, de fácil entendimento; decorre daí o princípio da taxatividade ou da certeza ou da determinação. O artigo 1º do CP, o artigo 5º do CPM e o artigo 5º XXXIX da CF dispõem no mesmo sentido: "Não há crime sem lei anterior que o defina, e nem pena sem prévia cominação legal."

3) *Nulla lex poenalis sine necessitate* – não há lei penal sem necessidade – Princípio da necessidade, ou como modernamente é denominado, "Princípio" da intervenção mínima. O mais perigoso de todos por sua subjetividade: o mais usado, assim contra a própria Sociedade. O direito penal deveria ser tratado como a derradeira opção sancionatória no combate aos comportamentos humanos indesejados. Subdivide-se em Princípio da fragmentariedade (somente bens jurídicos relevantes merecem a tutela penal e somente ataques intoleráveis podem sofrer a reprimenda penal) e Princípio da subsidiariedade: *ultima ratio* do direito penal. O direito penal somente pode intervir quando outros ramos do direito não resolverem de forma satisfatória o conflito. Vislumbramos que é **isso que provoca os maiores problemas, sendo usado como desculpa para que juízes sejam voluntariosos e decidam como acham que devia ser, ao arrepio do Direito, como costumamos dizer**. Entendemos que o legislador é que define o que é relevante para merecer a tutela penal. Com base nos anseios sociais que o elegeram. A lei é amplamente debatida antes de ser votada pelos representantes da população.

Outra questão é que a radicalização do princípio de ser o direito penal ser a *ultima ratio* vem gerando prejuízos perigosos para as liberdades individuais: entendemos ser uma tese que, efetivamente, trouxe muito mais prejuízos à Sociedade que acertos. Mais uma prova de que de boas intenções o inferno está cheio (**se é que foram boas as intenções...**). **Em vez de se punir duramente quem participa de briga de torcidas, lesiona, danifica e mata, preferem proibir o consumo de cerveja em estádios. Outro exemplo é o da redução de velocidade nas vias expressas de São Paulo. Temos o abuso de quem anda disparado, o abuso de quem atravessa onde é proibido, mas a solução da prefeitura é diminuir a velocidade para todos. Em vez de punir duramente quem comete crimes graves com armas (quase 100% delas ilegais, essas usadas por transgressores), se nega ao cidadão o direito à legítima defesa dizendo a ele que o estado, onisciente, onipresente e onipotente, estará ali sempre que ele precisar, para protegê-lo dos bandidos: consideramos isso uma utilização da chamada responsabilidade sem culpa! "Responsabilidade objetiva": resultando na punição dos que nada fizeram de errado.** Enfim, seria bem mais justo aplicar penas duras e cumpridas em

⁷ ROCHA, Guilherme. Título III. Direito Penal Militar – Teoria Crítica & Prática. Editora Método. São Paulo. 1ª Edição. 2015.

quem comete crimes em estádios para garantir a liberdade de quem bebe e não agride. De quem anda a 60Km/h, velocidade mais que normal, e não mata ninguém. De quem usa a arma para exercer o mais sagrado dos direitos: o direito à legítima defesa. Enfim, apelar pra outras áreas do Direito que não o penal pode parecer politicamente correto, pode fazer quem o propões parecer fofinho, razoável e sábio; mas, em geral, ao menos no Brasil, resulta em proibir todos de fazer algo que sempre fizeram sem problemas, para que os que cometem crimes ou tenham condutas que deveriam ser crimes não sofram sanção penal ou que sofram sanções bem leves, como “coitadinhos” e “vítimas da Sociedade” que são: impunidade para criminosos e punição permanente para a coletividade. O Estado não cumpre seu papel e pune quem o sustenta “só por existir. Entendemos que isso não é condizente com o Estado democrático de Direito: **quem não tem culpa, quem nada fez, pagar para que, quem fez, não seja punido.**

2.3. Garantias relativas ao delito

4) **Nulla necessitas sine injuria** – não há necessidade se não há também uma relevante e concreta lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado – Princípio da lesividade ou ofensividade. *Nullum crimen sine injuria*. Este vem também sendo interpretado de forma radical (e Ferrajoli propunha, aparentemente, um meio termo) em nosso país. Chega-se a propor a inconstitucionalidade de crimes de perigo abstrato uma absurdo bestial. Ora, o problema decorrente é tão grande que se pune sem que se analise se cada situação efetivamente ofereceu perigo. A lesão está em praticar aquela conduta que gera riscos e precisa ser coibida de forma dura. Entendemos que a aplicação da insignificância deve estar regulada na Lei, como faz o CPM nos crimes contra o patrimônio e na lesão corporal e essa regulação é de tal maneira importante, que o STF criou e vem aplicando 4 condições⁸.

5) **Nulla injuria sine actio** – Não há lesão sem conduta – Princípio da exterioridade da ação, não são admissíveis tipos penais que punam o modo de pensar, o estilo de vida. A punição é pela ação ou omissão do autor. No entanto, há no Brasil um uso radical, demagógico e manipulador da alegação de que o direito penal é do fato e não do autor. Chega-se a questionar, como se vê em artigo de Brunoni⁹ “a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor, por meio de tipos normativos de autor: reincidentes, habituais, profissionais, etc.” O autor chega ao absurdo de questionar a agravante de reincidência, a análise de antecedentes, a habitualidade, etc. Ora, o próprio conceito de individualização da pena, previsto na CF depende da análise do fato e do autor, com base em elementos concretos, sempre. O que deve ser vedado são as suposições e ilações sem prova nos autos. E esses elementos concretos são os exteriorizados.

⁸ (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. STF: HC 92531 / RS e outros.

⁹ BRUNONI, Nivaldo. Legitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm Acesso em: 30/10/2015

6) Nulla actio sine culpa – Não há conduta sem culpa – Princípio da culpabilidade – deve-se apurar o grau de culpa (dolo ou culpa stricto sensu) para então dosimetrar a punição pela prática humana (Art. 29).

2.5. Sobre o processo

7) Nulla culpa sine iudicium – Não há reconhecimento de culpa sem que o órgão jurisdicional a reconheça – Princípio da jurisdicionariedade. Juiz no caso concreto. Terceiro imparcial. Está claramente positivado na Constituição.

8) Nullum iudicium sine accusatione – Não há julgamento sem acusações – Princípio acusatório. Brasil: Sistema policial é sistema inquisitório. Acusatório no processo: julgador, acusador e defensor. Brasil não é acusatório puro segundo doutrinadores como Salim¹⁰. Segundo este há ranço inquisitorial porque o juiz poderia quebrar sigilo de ofício, prender de ofício e produzir prova quando em dúvida. Embora ele esteja certo quanto a haver isso, não vislumbramos maiores prejuízos ou inconstitucionalidade. Essas medidas servem aos esclarecimentos ao processo, à produção de prova e podem resultar em constatar em um sentido ou em outro. É falacioso e fantasioso que elas contaminam a opinião do juiz, como alguns alegam. Porque se um juiz se deixasse levar assim, tão fácil, estaria na profissão errada...

9) Nulla accusatio sine probatione – ônus da prova cabe a quem alega – Princípio do ônus da prova: art. 156 CPP e 296 do CPPM. Há, no entanto, operadores que defendem que toda e qualquer prova caberia ao MP, inclusive provar, por exemplo, que não existiu uma causa de ilicitude alegada pela defesa, ainda que sem qualquer respaldo nos autos, um delírio tipicamente tupiniquim... Entendemos que a melhor interpretação é aquela em que o acusador, em geral o MP, prova a ação, isto é, o que ele alega e a defesa prova a exceção, o que ela alega. Da mesma forma que a defesa não tem que provar que não houve o que consta da denúncia/queixa, o acusador não tem que provar que não houve, por exemplo, a excludente de culpa ou ilicitude apenas alegada pela defesa. Cada um deve fazer prova do que alega.

10) Nulla probatio sine defensione – Princípio da ampla defesa e, necessariamente, do contraditório. Como explica Salim¹¹, alguns querem levar ao extremo esse princípio e aplicá-lo na fase inquisitorial e a pedidos de prisão e pedidos de quebra de sigilo e semelhantes. Segundo o professor, esse não era o objetivo do mestre italiano (temos nossas dúvidas diante da linha ideológica de Ferrajoli). De fato, temos que concordar: se prisão e quebra de sigilo, interceptação, estiverem submetidas à ampla defesa e ao contraditório, ficarão, em geral, totalmente inúteis, por estar o indiciado avisado. Já pensou: abrir vista para a defesa de um pedido de interceptação telefônica? Que lindo!?

¹⁰ SALIM, Alexandre. Teoria do Garantismo Penal – aula em vídeo. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/aula-em-video.direito-penal-actual-teoria-do-garantismo-penal-alexandre-salim-aula-1-6-videos-saber-direito.31716.html>. Acesso em 31/10/2015.

¹¹ SALIM, Alexandre. Teoria do Garantismo Penal – aula em vídeo. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/aula-em-video.direito-penal-actual-teoria-do-garantismo-penal-alexandre-salim-aula-1-6-videos-saber-direito.31716.html>. Acesso em 31/10/2015.

Conclusão

Na sua obra *Direito e Razão*¹², FERRAJOLI afirma que o problema do garantismo penal seria elaborar técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático. Gostaríamos de acrescentar que, em nosso país, o plano normativo tem sido desprezado ou minimizado em prol de um **voluntarismo judicial, com base em doutrinas ilegítimas perante a Sociedade, e sua efetivação no plano prático tem sido praticada ao arrepio da própria lógica e da realidade**, deturpando-se os ensinamentos do mestre italiano para criar um outro garantismo, que não deveria ter esse nome, ou, como já citado, um “garantismo hiperbólico monocular” onde vítima e sociedade são meros detalhes, onde quem pratica o crime é sempre vitimizado, onde o Ministério Público é vilão (tendo causado até a crise econômica com a Operação lava –Jato). Quem dera o dia em que os ensinamentos de Ferrajoli serão realmente usados para evitar os excessos do Estado¹³ – e não seus deveres com os cidadãos -- e para garantir as liberdades que não sejam aquelas em que se pode praticar o malfeito que quiser com o prejuízo para indivíduos que nada fizeram de errado e para toda a Sociedade que não deveria ter uma proteção deficiente...

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 7 ed. Roma: Laterza, 2002.

¹³ será que o próprio autor tinha mesmo só essa intenção ou, por suas inclinações ideológicas, já visava a deflagrar, gradativamente isso que lamentavelmente já ocorre no Brasil, terra da Impunidade...