

2. DOUTRINA NACIONAL

2.6

A JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR NA OBRA DE LUIGI FERRAJOLI: ALGUMAS OBSERVAÇÕES CRÍTICAS

PAULO QUEIROZ

“O abolicionismo penal, muito além de suas intenções libertárias e humanitárias, se configura, por tudo isso, como uma utopia regressiva que, sob pressupostos ilusórios de uma sociedade boa e de um Estado bom, apresenta modelos em realidade desregulados ou autorregulados de vigilâncias e/ou castigos face aos quais é o direito penal – com seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – ele que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista” (Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 341).

SUMÁRIO: 1. Fundamento do direito de punir – 2. O modelo de direito penal mínimo e garantista – 3. Crítica – Anexo.

Resumo: Crítica à obra “Derecho y Razón” de Luigi Ferrajoli, questionando especialmente a eficácia preventiva do Direito Penal. Segue resposta do autor italiano às críticas feitas.

Palavras-chave: Garantismo penal; Prevenção geral; Direito de punir; Repressão penal.

1. Fundamento do direito de punir

Para Ferrajoli, que define o direito penal como uma *técnica de definição, comprovação e repressão da desviação*,¹ o único fim que pode e deve perseguir, legitimamente, o Estado, por meio da pena, é a prevenção geral negativa. Mas não apenas a prevenção de futuros delitos, como sói enfatizar as doutrinas utilitárias tradicionais. Em seu “utilitarismo reformado”, com efeito, Ferrajoli dá especial ênfase à prevenção de penas informais, isto é, à prevenção de possíveis reações públicas ou

privadas arbitrárias, que podem resultar da ausência ou omissão do sistema penal.

Assinala, assim, que a pena não serve só para prevenir os injustos delitos, senão também os castigos injustos; que não se ameaça com ela e se a impõe só *ne peccetur*, senão também *ne punietur*, que não tutela só a pessoa ofendida pelo delito, e sim também ao delinquente, frente às reações informais, públicas ou privadas.²

Confere-se-lhe (ao direito penal), portanto, uma dupla função preventiva, ambas de signo negativo: prevenção de futuros delitos e prevenção de reações arbitrárias, partam do particular ou do próprio Estado. Privilegia, porém, seu modelo de justificação do direito penal, essa segunda função, que considera como “fim fundamental” da pena. E isso porque, primeiro, Ferrajoli duvida,³ por um lado, da efetiva

(2) Idem, p. 332.

(3) Escreve, com efeito, textualmente: “Em rigor, qualquer delito cometido demonstra que a pena prevista para ele não foi suficiente para preveni-lo e que para tal fim seria necessário

(1) *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Ibáñez e outros. Madrid : Trotta, 1995, p. 209.

idoneidade do direito penal para prevenir delitos futuros; duvida, enfim, da eficácia dissuasória da intervenção penal; e, por outro, acredita que seja a norma penal mais eficaz ou mais adequada para cumprir essa segunda tarefa (de prevenção de reações informais), “ainda quando com penas modestas ou pouco mais que simbólicas”;⁴ segundo, porque só esse segundo fim é, ao seu ver, necessário e suficiente para fundamentar um modelo de direito penal mínimo e garantista; finalmente, porque só a tutela do inocente e a minimização da reação ao delito servem para distinguir o direito penal de outros sistemas de controle social – policial, disciplinário, terrorista etc.

Considera, por outro lado, que enquanto a prevenção geral de delitos determina o “limite mínimo” das penas, a prevenção de penas arbitrárias ou desproporcionadas – vinganças, abusos de poder etc. – determina o “limite máximo” da pena. Com efeito, uma, a prevenção geral de crimes, reflete o interesse da maioria não-desviada; a outra, a prevenção de reações sem controle, o interesse do réu e de todo aquele que é suspeito ou acusado como tal. E esses fins e interesses, é certo, entram em conflito, e são seus portadores as partes no processo penal contraditório: a acusação, interessada na defesa social e, por conseguinte, em maximizar a prevenção e o castigo aos delitos; e a defesa, interessada na defesa individual e, portanto, em maximizar a prevenção das penas arbitrárias.⁵ E o direito penal nasce, assim, da necessidade política e social de administrar esse conflito de interesse, obje-

tivando controlar a violência (minimizá-la) e coibir o arbítrio.⁶

Ferrajoli – que propugna pela abolição gradual das penas privativas de liberdade, por lhe parecerem excessiva e inutilmente aflitivas – se opõe, doutra parte, à idéia de ressocialização ou reeducação por meio da pena. Porque o Estado – afirma – que não tem o direito de forçar os cidadãos a não serem malvados, senão só o de impedir que se danem entre si, tampouco tem o direito de alterar – reeducar, redimir, recuperar, ressocializar ou outras idéias semelhantes – a personalidade dos réus. E o cidadão, embora tenha o dever jurídico de não cometer fatos delitivos, tem, no entanto, o direito de ser interiormente malvado e de seguir sendo o que é. As penas, por conseguinte, conclui ele, não devem perseguir fins pedagógicos ou correccionais, senão que devem consistir em sanções taxativamente predeterminadas, e não agraváveis com tratamentos diferenciados e personalizados do tipo ético ou terapêutico.⁷

Em conclusão: a lei penal representa, no seu sentir, a “lei do mais débil (ou mais fraco)” – débil, quando ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como débil, quando ofendido ou ameaçado pela vingança –, lei do mais débil que se dirige, assim, à proteção dos direitos fundamentais destes contra a violência arbitrária do mais forte. Portanto, fim geral do direito penal é, segundo Ferrajoli, impedir que os indivíduos façam justiça por suas próprias mãos, ou, ainda, minimizar ou controlar a violência.

Dito mais claramente: ao monopolizar a força, delimitar seus pressupostos e modalidades e excluir seu exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados, a proibição e a ameaça penais protegem as

uma maior” (...). É duvidosa a idoneidade do direito penal para satisfazer eficazmente a primeira (a prevenção geral de delitos) – não se podendo ignorar as complexas razões sociais, psicológicas e culturais dos delitos, certamente não neutralizáveis mediante o mero temor das penas”. Ibidem, p. 332-334.

(4) Ibidem, p. 334.

(5) Ibidem, p. 334.

(6) O direito penal, ressaltava Ferrajoli, nasce precisamente no momento em que a relação bilateral parte ofendida/ofensor é substituída por uma relação trilateral em que se situa numa posição de terceiro e imparcial uma autoridade judicial. Ibidem, p. 332-333.

(7) Ibidem, p. 223-224.

possíveis partes ofendidas contra os delitos, enquanto que a imposição da pena protege os réus e inocentes suspeitos de crime, contra vinganças ou reações arbitrárias públicas ou privadas. As duas finalidades preventivas – prevenção de delitos e de penas arbitrárias – estão assim conectadas entre si sobre esta base: legitimam conjuntamente a “necessidade política” do direito penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais.⁸

2. O modelo de direito penal mínimo e garantista

No entanto, semelhante discurso não é capaz de impedir, por si só, um modelo máximo de direito penal.

Não é isso que pretende o “minimalista” Ferrajoli, evidentemente; antes, se insurge enfaticamente contra tal tendência. Para ele, o direito penal *ideal*, por assim dizer, em face da exigência de *certeza e razão* que devem presidir a intervenção do Estado, é necessariamente um modelo de direito penal que represente a um tempo o máximo de bem-estar possível para os não-desviados (os não-delinquentes) e o mínimo de mal-estar para os desviados (os delinquentes),⁹ modelo que corresponde, assim, a um meio termo entre um modelo máximo de direito penal e o abolicionismo penal: um modelo de direito penal mínimo, enfim.

Por “direito penal mínimo” considera um direito penal maximamente condicionado e maximamente limitado, isto é, limitado às situações de absoluta necessidade – “pena mínima necessária” –, que corresponda, assim, não só ao máximo grau de tutela de liberdade dos cidadãos frente à potestade punitiva do Estado, senão também a um ideal de racionalidade e de certeza, razão pela qual não terá lugar a intervenção penal sempre que sejam incertos ou indeterminados os seus pressupostos.¹⁰ E,

por “garantismo”, a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda que contra interesses da maioria, é o fim justificador do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade, das proibições e dos castigos, a defesa dos débeis mediante regras iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, garantia de sua liberdade mediante o respeito de sua verdade.¹¹ Esse sistema assim mínimo de garantias do cidadão frente ao poder punitivo do Estado é representado pela adoção (ou manutenção ou aperfeiçoamento) de 10 garantias – garantias clássicas – penais fundamentais.

Ei-las: 1. princípio de retributividade ou da sucessividade da pena frente ao delito; 2. princípio da legalidade; 3. princípio da necessidade ou de economia do direito penal; 4. princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; 5. princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6. princípio de culpabilidade ou de responsabilidade pessoal; 7. princípio da jurisdição; 8. princípio acusatório; 9. princípio de verificação; 10. princípio do contraditório ou ampla defesa.¹² Por esse modelo garantista, exige-se, como pressuposto necessário de toda e qualquer punição, o prévio cometimento de um delito, sua previsão por lei como tal, necessidade estrita de sua proibição e punição, efeitos lesivos para terceiros, o caráter exterior ou material da ação criminosa, a imputabilidade e culpabilidade do autor, e, ainda, sua prova empírica levada por uma acusação ante um juiz imparcial em processo público e

(11) Ibidem, p. 336.

(12) Ibidem, p. 93. Respectivamente: 1. *Nulla poena sine crimine*; 2. *Nullum crimen sine lege*; 3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; 4. *Nulla necessitas sine iniuria*; 5. *Nulla iniuria sine actione*; 6. *Nulla actio sine culpa*; 7. *Nulla culpa sine iudicio*; 8. *Nullum indicium sine accusatione*; 9. *Nulla accusatio sine probatione*; 10. *Nulla probatio sine defensione*. Ibidem.

(8) Ibidem, p. 335.

(9) Ibidem, p. 332.

(10) Ibidem, p. 104.

contraditória com a defesa e mediante um procedimento preestabelecido.¹³

Importa consignar, finalmente, que se, de um lado, o modelo garantista de Ferrajoli se presta, como se vê, à relegitimação do direito penal, é certo que, de outro, presta-se, também, à deslegitimação de sistemas penais concretos que, total ou parcialmente, violem o modelo de direito penal mínimo proposto. E, seguramente, todos os sistemas penais o violam, ainda quando consagrem, em linhas gerais, tais princípios. Não é sem razão, aliás, a sua “confissão” no sentido de que talvez a verdadeira utopia não seja hoje a alternativa ao direito penal, senão o direito penal mesmo e suas garantias; não o abolicionismo penal, por ele combatido, senão o garantismo mesmo, que ele próprio prega, de fato inevitavelmente parcial e imperfeito.¹⁴

3. Crítica

Em que pese a coerência lógica do pensamento de Ferrajoli, pode-se fazer algumas objeções à sua formulação teórica.

Em primeiro lugar, a idéia da prevenção geral de delitos por meio do direito penal parte de um pressuposto empírico indemonstrado – e dificilmente demonstrável – do qual o próprio Ferrajoli muito desconfia: a idoneidade da ameaça penal para dissuadir comportamentos delituosos; não se podendo desconhecer, como ele próprio reconhece, as complexas causas sociais, psicológicas e culturais dos delitos, certamente não neutralizáveis mediante o mero temor das penas.¹⁵ E, se inexistente relação de adequação lógica entre *meio* (pena) e *fim* (prevenir crimes), faltam, evidentemente, os pressupostos de *certeza* e *razão* pretendidos.

Por outro lado, não faz muito sentido proclamar-se que o direito penal seja mais eficaz para prevenir reações informais

arbitrárias. Porque, como se sabe, tais reações – vinganças, execuções sem processo (execuções sumárias), abusos de poder etc. – não são senão crimes também (genocídio, homicídio, lesões corporais, abuso de autoridade, violação de domicílio etc.) ou, no mínimo, exercício arbitrário das próprias razões, fato definido na maioria das legislações penais também como crime (entre nós, o art. 345 do Código Penal). Prevenir reações arbitrárias e prevenir delitos são, em última análise, pois, uma só e mesma coisa. Seja como for, se o direito penal não é útil à prevenção de delitos – ou muito se desconfia da sua capacidade dissuasória –, não há por que se acreditar que, diferentemente, seja idôneo para essa segunda tarefa que se lhe credita pronunciadamente: prevenir reações informais. Nada justifica, enfim, essa crença de que um mesmo remédio – comprovadamente ineficaz – possa funcionar para um mal e não para o outro, embora idênticas as suas causas.

É certo, doutra parte, que semelhante fim de prevenção de reações informais violentas não é uma exclusividade do direito penal. Em verdade, essa é uma função declarada, não do direito penal propriamente, mas do próprio Direito. Ao pretender justificar o direito penal, Ferrajoli acaba por justificar o Direito mesmo, absolutizando, na pena, o Direito como um todo. E, se assim é, não se compreende por que não se possa alcançar tais fins por meio de uma intervenção jurídica não-penal: civil, administrativa, trabalhista, processual. Ou por que se deva apelar ao direito penal necessariamente.

A par disso, ordinariamente reações informais arbitrárias estão relacionados a fatos dos quais não se ocupa, em princípio, o direito penal: suspeitas de infidelidade conjugal, cobrança de dívidas, disputas possessórias, atos de prostituição etc.

Convém também redarguir que, no mundo dos fatos, inexistente esta equação inextricável: *crime + falta de repressão penal =*

(13) Ibidem, p. 103-104.

(14) Ibidem, p. 342.

(15) Ibidem, p. 332-334.

reação arbitrária. Pois, de um lado, a vítima ou pessoas de alguma forma atingidas pelo crime buscam as formas mais díspares de superação da agressão sofrida – resignação, esquecimento, perdão, crença na implacabilidade da “justiça divina”, reparação, composição, terapia etc. –, de outro, mesmo ocorrendo a efetiva incidência da intervenção penal, por vezes se consumam reações informais arbitrárias, casos, por exemplo, em que, mesmo preso, processado ou sentenciado (condenado ou absolvido), ocorrem atos de linchamento ao réu ou se perpetraram atos de represália à sua pessoa ou a pessoas ligadas a ele. Vale dizer, reações arbitrárias podem ocorrer, “a despeito de”, ou mesmo “a pretexto da” intervenção do sistema de justiça penal (prisões ilegais, tortura, execuções etc.).

Não poucas vezes, ainda, reações informais arbitrárias, paradoxalmente, resultam exatamente da “ingerência criminógena” do sistema penal em domínios comprovadamente rebeldes a este modo cirúrgico de intervenção estatal. É o que ocorre, por exemplo, em relação à repressão arbitrária ao tráfico ilícito de entorpecentes, em que a “guerra” pelo monopólio do comércio clandestino – e clandestino precisamente por força da atuação (criminalização) do sistema penal – tem sistematicamente dizimado vidas humanas. Como observa Hassemer, a prevenção também se realiza quando o direito penal deixa, em certas circunstâncias, de intervir.¹⁶ Enfim, em muitos casos, diferentemente, prevenir significa descriminalizar (ou despenalizar), isto é, *abolir o direito penal*.

Não se pode, ademais, perder de vista que a efetiva intervenção do sistema penal é excepcional, já que a maior parte dos comportamentos erigidos à categoria de delituosos como regra passa ao largo do conhecimento ou da atuação do sistema

penal,¹⁷ razão por que é muito questionável, também por isso, a necessidade do direito penal para realizar tais cometimentos. Como assinala Zaffaroni, no plano real ou social, a experiência já indicaria que já parece estar bem demonstrada a desnecessidade do exercício do poder do sistema penal para evitar a generalização da vingança, porque o sistema penal só atua num reduzidíssimo número de casos e por onde a imensa maioria dos supostos impunes não generaliza vinganças ilimitadas. Ademais, na América Latina se tem cometido cruéis genocídios que têm ficado praticamente impunes, sem que tenham havido episódios de vingança massiva.¹⁸

É conhecida, finalmente, a sistemática violação das garantias do direito e processo penais, apesar de formalmente consagradas, como reconhece o próprio Ferrajoli, pela realidade operativa do sistema penal, um sistema de difícil e delicadíssimo controle. Se bem, que com um certo exagero, tem razão, no particular, Steinert, quando afirma que a lei penal conflita com sua função liberal e resulta, assim, irreal, posto que, ao invés de restringir a intervenção do Estado, se converte, em realidade, em uma autorização para que essa intervenção se legitime.¹⁹

Em face disso, pois, o direito penal passa a atuar ordinariamente à margem da legalidade – prisões provisórias forçadas e sem amparo legal, prisões além do prazo legal, tortura, execuções sumárias –, a revelar que, em boa parte, o poder real do sistema penal não é repressivo propriamente

(17) Além das “cifras negras” da criminalidade, que prefere denominar “cifras da ineficácia”, é o próprio Ferrajoli que destaca o que chama de “cifras da injustiça”, que correspondem ao número de inocentes processados e às vezes condenados. *Ibidem*, p. 210.

(18) *En busca de las penas perdidas*. Bogota: Temis, 1990, p. 83.

(19) Mas alla del delito y de la pena. In: *Abolicionismo penal*. Trad. Mariano Ciafardini e outros. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 45.

(16) *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Muñoz Conde y Zapatero. Barcelona: Temis, 1984, p. 396.

te, mas “configurador disciplinário” (positivo e não negativo), arbitrário e seletivo.²⁰ O garantismo jurídico-penal é sistematicamente negado.

Por tudo isso, resulta que, sem negar o brilho da extraordinária obra de Ferrajoli (*Derecho y razón*), o problema da legitimação e/ou deslegitimação do sistema penal segue sendo um questionamento aberto e carente de uma melhor e mais convincente fundamentação, a exigir o aprofundamento das investigações criminológicas e político-criminais, bem como o aprofundamento e consideração das múltiplas variáveis que envolvem semelhante questionamento.

Anexo

Roma, 04 de janeiro de 1999.

Egrégio Dr. Queiroz:

Desculpe-me se somente agora respondo a sua gentil carta de 30 de junho de 1998. Por um desagradável extravio, sua carta perdeu-se entre outras cartas minhas e só agora eu a reencontro.

Agradeço também pelo ensaio que você me enviou sobre meu modelo de justificação do direito penal. E lhe agradeço também pelas críticas.

Sua primeira crítica – aquela segundo a qual não é verificável empiricamente a capacidade do direito penal de prevenir os delitos e as reações informais aos delitos – pode ser assim rebatida: não é tampouco verificável a incapacidade do direito penal de pre-

venir os delitos e as reações informais aos delitos. Obviamente, delitos e reações informais aos delitos existem também na presença do direito penal. Mas podemos facilmente imaginar a sociedade selvagem – governada pela lei do mais forte – que se produziria na ausência do direito penal. Um exemplo da ausência ou, se se preferir, da pesada inefetividade (*ineffettività*) do direito penal é infelizmente oferecido exatamente pela própria impunidade da criminalidade do poder (em particular através das formas de justiça sumária e de reações informais arbitrárias aos delitos praticadas pela polícia) nas grandes metrópoles do Brasil e em vários outros países da América Latina, aos quais você mesmo faz referência.

Sua segunda crítica, segundo a qual a prevenção das reações informais é uma função de todo o direito e não só do direito penal, que ademais eu considere, por outro lado, “como um todo”, parece-me não corresponder ao quanto eu tenho repetidamente escrito: antes de tudo, que o direito penal é só um meio e, por certo, não o único meio, de prevenção dos delitos, justificável só se “mínimo”, ou seja, como extrema ratio, com base nos princípios de economia e de necessidade, onde não são suficientes os meios civis ou administrativos e, sobretudo, medidas sociais; em segundo lugar, aquilo que proponho é um modelo de justificação e, conjuntamente, de deslegitimação não do direito penal enquanto tal, mas deste ou daquele setor singular ou norma ou pena ou instituto específico de cada direito penal concreto.

Serei grato se me enviar cópia do seu texto quando for publicado. Autorizo, se lhe interessar, a publicação em margem, inclusive, desta minha brevíssima réplica. Luigi Ferrajoli.

(20) ZAFFARONI, op. cit., p. 12-13.