

Notas sobre a crítica criminológica e o garantismo aplicado à decisão penal¹

Adrian Barbosa e Silva

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Pesquisador do Centro de Estudos sobre Intervenção Penal (CESIP), do Grupo de Pesquisa Filosofia e Castigo e colaborador do Grupo Criminología y Justicia (CyJ/España). Advogado. *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/7970641455074001>>. *E-mail*: <adrian_abs26@hotmail.com>.

Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Univali e da Graduação da UFSC. Juiz de Direito do TJSC. *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/4049394828751754>>. *E-mail*: <alexandremoraisdarosa@gmail.com>.

Resumo: A pesquisa intenta problematizar o aspecto da decisão penal com base no modelo teórico garantista (Ferrajoli), almejando verificar sua atualidade, limites e possibilidades, uma vez inserido na problemática inter e transdisciplinar de um modelo integrado de ciências criminais. Considerando o curso dos discursos sobre a questão criminal, bem como o desenvolvimento das investigações hermenêuticas que evidenciam a busca por uma sólida teoria da decisão, sobretudo no contexto brasileiro pós-88 e o advento da Constituição da República, propõem-se indagações – essencialmente criminológicas e decorrentes da teoria crítica do controle social – frente à práxis decisional e seu papel à realidade da questão criminal contemporânea. A hipótese sustentada explicita necessidade de revisão crítica do garantismo, almejando, em última análise, um modelo crítico de ciências criminais.

Palavras-chave: Garantismo. Criminologia crítica. Decisão penal.

Sumário: **1** Poder dos juristas, juiz penal e contenção do poder punitivo – **2** Decisão penal garantista: hipóteses gerais – **3** Decisão penal e oxigenação criminológica: inquietações iniciais – **4** À guisa de conclusão (?) – Referências

Compreender e interpretar textos não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo.

(Hans-Georg Gadamer)

¹ O ensaio apresenta resultados parciais da pesquisa de Mestrado com área de concentração em Direitos Humanos realizada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA), sob orientação da Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho, em diálogo com o Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Univali-SC.

1 Poder dos juristas, juiz penal e contenção do poder punitivo

O *modus operandi* dos atores das mais diversas instâncias e agências de controle do sistema penal, afora as comuns situações arbitrárias, está condicionado à legalidade (penal), enquanto previsão normativa direcionada ao devido desenrolar das práticas de punitividade, conforme os critérios de justiça decorrentes da dogmática jurídico-penal. Nesse viés, direito penal e sistema penal se encontram em planos distintos e não são a mesma coisa.

Se por um lado o direito penal representa um conjunto normativo que prevê crimes/sanções, e que disciplina a incidência/validade dessas normas, a estrutura geral do crime e a aplicação/execução das sanções cominadas (BATISTA, 2011), o sistema penal é representativo de algo com maior amplitude e que não está situado no plano do abstrato: “o conjunto de agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção” (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 60).

Entre as várias agências que estruturam o sistema penal (*v.g.*, penitenciárias, policiais, políticas, internacionais, de comunicação, de reprodução ideológica etc.), as agências judiciais, compostas pelos mais diversos atores do teatro processual –² promotores, juízes, advogados, defensores, serventuários de justiça etc. –, demarcam a estrutura judicial, isto é, o espaço de exercício das atividades forenses dos juristas e, em última análise, o espaço do restrito e limitado *exercício direto* do poder punitivo, afinal, a maior parte desse poder não se encontra à “disposição” dos juristas, mas dos demais atores que compõem as demais instâncias do sistema penal.

Como bem explica Zaffaroni *et al.*,

[...] o poder direto dos juristas dentro do sistema penal limita-se aos raros casos que as agências executivas selecionam, abarcando o processo de criminalização secundária, e restringe-se à decisão de interromper ou habilitar a continuação desse exercício”, de modo que “o direito penal é, pois, um discurso destinado a orientar as decisões jurídicas que fazem parte do processo de criminalização secundária, dentro do qual constitui um poder muito limitado em comparação com o das demais agências do sistema penal [...]. (ZAFFARONI *et al.*, 2011, p. 64)

A partir dessas premissas, resta clara a relevância do papel a ser desempenhado pelo juiz penal, sobretudo se a contextualização se der a partir da democratização do Estado no pós-88, com o advento da Constituição da República, que estabelece as bases de um princípio dispositivo (modelo de processo penal acusatório), em

² A expressão alude Alessandro Baratta (1987, p. 37-60) ao considerar o processo penal um verdadeiro “laboratório de transformação teatral”.

contraposição com os obsoletos e ainda vigentes Código Penal e de Processo Penal de matizes inquisitórios, produzidos nas raízes do Golpe Civil-Militar.³

Nos cenários do jogo processual e da decisão penal, fundamental notar inclusive o atual *état de l'art* disciplinar no campo das ciências criminais, que não mais condiciona a compreensão das disciplinas penais numa ótica monodisciplinar atomizada, mas desde um enfoque pautado num *modelo integrado de ciências criminais*, é dizer, que direcione efetivo diálogo inter e transdisciplinar entre disciplinas dogmáticas (direito penal e processual penal) e não dogmáticas (criminologia e política criminal) entorno da questão criminal.

Assim, partindo-se do diagnóstico de que mesmo após 1988 a teoria da decisão (penal) não avançou e ainda permanece aguerrida à uma leitura positiva (essencialmente kelseniana) da Constituição em vista da permanência da tradição de julgadores ainda no regime ditatorial e que, por ser assim, prejudica a realização de direitos humanos fundamentais nas práticas forenses (PINHO; BRITO, 2014), a reflexão a propósito do interrogante “como devem (ou deveriam) julgar os juízes penais?” torna-se demasiado pertinente.

No Brasil, das últimas décadas sobretudo, aparentemente a “melhor” (ou mais generalizada) resposta à pergunta no espaço acadêmico crítico parece ter sido fundamentada com base na teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli. Neste breve ensaio, desde o ponto de vista da integração das disciplinas penais, busca-se trazer algumas indagações a partir da crítica criminológica que evidenciam os limites de tal escolha teórica, apontando indícios de uma atitude crítica do jurista, sem prejuízo de realizarmos novos estudos sobre os limites do garantismo (ROSA, 2011).

2 Decisão penal garantista: hipóteses gerais

A teoria do garantismo penal elaborada por Luigi Ferrajoli, estruturante do sistema garantista (SG), diz respeito à uma espécie de revisão e aperfeiçoamento do primeiro modelo minimalista-reducionista propalado por Beccaria, guinado pela filosofia política clássica, que busca suprir suas limitações a partir de refinadas incorporações de teoria e filosofia (analítica) do direito, sobretudo.

Destarte, pode-se dizer que uma das principais virtudes do garantismo aplicado à esfera penal diz respeito à possibilidade de reconsideração da intervenção do poder punitivo desde a elaboração de um projeto de racionalização e minimização da repressão penal, propondo a submissão do aparato de coerção penal (legal e institucional) do Estado à revisão do atual modelo normativo de direito penal, da teoria jurídica relativa às categorias conceituais de vigência, validade e eficácia,

³ A propósito da discussão entre os modelos de processo penal, conferir: Paolo Alvazzi Del Frate e Giuliano Serges (2012, p. 9-34).

bem como a concepção de filosofia política que impõe ao Estado suas cargas de justificação (COPETTI, 2000).

Conforme esclarece Ferrajoli (2011), o garantismo pode ser compreendido a partir de três significados:

- (1^o) Modelo normativo de direito (significado jurídico) e, especificamente quanto ao direito penal, um modelo de – estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, e que pode ser compreendido em três planos: como sistema cognitivo ou de poder mínimo (plano epistemológico); como técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade (plano político); e como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (plano jurídico).
- (2^o) Teoria jurídica da validade/efetividade (significado sociológico) como categorias distintas, que se distinguem entre si, mas, também, pelas categorias de “existência” e “vigor” das normas, bem como o “ser” e o “dever ser” no direito, deixando bastante clara a complexidade dos ordenamentos jurídicos, e sobretudo, a pretensa distinção entre *modelos normativos* (tendentemente garantistas) e *práticas operacionais* (tendentemente antigarantistas), questão teórica central deste enfoque, interpretando essa divergência como a distinção entre o *fisiológico* e o *patológico*, que naqueles subsiste na antinomia *validade (e não efetividade)*, e, nestes, *efetividade (e invalidade)* – essas polaridades, constantes na teoria garantista, a identificam como uma “teoria da divergência”.
- (3^o) Filosofia política de legitimação (significado metajurídico) que requer justificação externa do direito e do Estado, com base nos interesses que tutelam e finalidades que almejam alcançar. Nesse significado, o garantismo engloba o princípio da laicização, que separa direito e moral, validade e justiça, ponto de vista interno e externo de valoração do ordenamento jurídico, equivalendo a um parâmetro de (des)legitimação ético-política do direito e do Estado, desde o ponto de vista externo.

Os três significados de garantismo, em *Direito e razão* (FERRAJOLI, 2011), correspondem à “razão *no* direito” (epistemologia), “razão *do* direito” (filosofia do direito) e “razão *de* direito” (ciência penal) e delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo, é dizer, o caráter vinculado do Poder Público no Estado de direito, a divergência entre “validade” e “vigor”, a distinção entre “ponto de vista externo” (ético-político) e “ponto de vista interno” (jurídico) (e *justiça* e *validade*) e, por conseguinte, a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irreduzível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.

Definido(s) o(s) conceito(s) de garantismo, essas três orientações de significado, que são representadas pelas divergências *dever ser externo x ser* (ou direito x moral ou justiça x validade), *dever ser interno x ser* (ou validade x vigência) e *dever ser*

jurídico x experiência jurídica concreta (direito x realidade; normatividade efetividade; normas x fatos), correspondem à estrutura basilar do paradigma garantista.

Referindo-se à análise que Luis Pietro realiza de sua teoria, Ferrajoli identifica o nexó inegociável existente entre o garantismo e o constitucionalismo, sendo este a própria condição de possibilidade de realização daquele, ou seja, identifica-se no – estado constitucional de direito a única ordem institucional em que é possível realizar o projeto garantista, por meio dos vínculos substanciais que a posituação do *dever ser* constitucional impõe ao próprio direito positivo (FERRAJOLI, 2009).

Em última análise, é dizer: o garantismo necessita para fins de realização de seu projeto ilustrado minimalista do constitucionalismo, enquanto este necessita daquele para que consiga condicionar a legitimidade do poder estatal ao cumprimento das exigências que possibilitam a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Dessa relação decorre a ruptura do caráter estritamente formal de validade de normas identificado no processo de produção pelo Poder Legislativo, desembocando, por conseguinte, na superação revolucionária da tradição (paleo)positivista do direito e na consagração do princípio da estrita ou estreita legalidade (legalidade substancial) (CADEMARTORI, 1999; PRADO, 2010).

É justamente da distinção *validade x vigência* que a legalidade estrita, em consonância com o alto grau de desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo e desde o paradigma garantista, propõe uma releitura democrática da jurisdição constitucional ao consignar a necessidade de realização de um rígido controle de constitucionalidade não apenas formal, mas, sobretudo, material da legislação infraconstitucional, devendo esta sofrer uma criteriosa análise de conformidade constitucional: as normas constitucionais passam a ser compreendidas como pressupostos de legitimidade da matéria infraconstitucional.

Partindo-se da premissa de que a teoria garantista é uma teoria justificacionista, desde que pautada e comprometida em respeitar rigorosos critérios de racionalização e minimização da intervenção estatal, a sua associação teórica ao constitucionalismo identifica os pressupostos de legitimidade que darão o caráter democrático ao uso do direito penal e processual penal.

A explicação sobre a epistemologia garantista, conforme o modelo SG e seus dez axiomas,⁴ representados por limitações e proibições de proteção do cidadão contra o arbítrio ou erro punitivo, permite inferir que:

⁴ Os dez axiomas do SG são: A1 – *Nulla poena sine crimine* (princípio retributivo); A2 – *Nullum rimen sine lege* (princípio da legalidade); A3 – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade); A4 – *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade); A5 – *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade); A6 – *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade); A7 – *Nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdiccionariedade); A8 – *Nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório); A9 – *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova); e A10 – *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório).

[...] não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos. (FERRAJOLI, 2009, p. 101)

Assim, pelos delineamentos epistemológicos do garantismo, o modelo SG identifica um modelo de direito penal mínimo (racionalismo jurídico), em contraposição à epistemologia dos modelos autoritários de direito penal máximo (irracionalismo jurídico), é dizer, com Ferrajoli, um modelo garantista que “condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza” (FERRAJOLI, 2011, p. 101).

Assim, persiste a máxima garantista de que “a certeza do direito penal mínimo está em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune” (FERRAJOLI, 2011, p. 83), contrário à do direito penal máximo, cuja certeza perseguida está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido. Em suma, tratam-se de dois *modelos de verdade relativa* nitidamente opostos que, a depender da forma com que tratam da verdade e da intervenção penal na esfera do indivíduo, darão guarida à potencialização ou contenção da violência estatal.

Na esteira do garantismo, Ferrajoli compreende o direito como *sistema de garantias*, buscando a superação formalista do positivismo e a abertura e a assunção do compromisso democrático para com os postulados do Estado constitucional de direito. Significa, assim, entender a superação da compreensão paleopositivista de “validez” de caráter formalista e simplista da legalidade, rumo a uma dimensão conteudística, vinculando substancialmente as fontes de produção jurídica ao conteúdo proveniente das constituições rígidas. Daí inaugurar a chamada “lei do mais fraco” (FERRAJOLI, 2010) – a vítima no momento do delito, o acusado no processo penal e o apenado na execução penal –, que possui garantias de proteção frente a operacionalidade das agências de punitividade.

Como explica Carvalho (2010), realizando crítica às teorias tradicionais de legitimação (teorias absolutas retributivas e relativas preventivas) ou deslegitimação (teorias negativas) da pena, a formulação da lei do mais fraco por Ferrajoli está intimamente conectada à reconstrução da teoria da prevenção geral negativa (teoria da coação psicológica de Feuerbach), desde bases utilitaristas, agregando-se como objetivo da sanção penal a finalidade intimidatória, buscando-se tutelar o autor do delito das vinganças privadas que possivelmente existiriam caso inexistisse uma pena.

A tese ferrajoliana é identificada como um *utilitarismo reformado* e, segundo sua lógica de funcionalidade, formula-se o axioma: à máxima felicidade possível aos não desviantes, harmoniza-se o mínimo sofrimento necessário ao desviante, é dizer, aos não desviantes se direciona o caráter intimidativo da pena criminal; e aos desviantes, a efetivação de princípios, direitos e garantias fundamentais. A essa tese, conforma-se a finalidade de prevenção de delitos e penas informais, contenção do poder punitivo e efetivação da tutela da pessoa do mais fraco.⁵

Assim, conformando-se com o desenvolvimento do constitucionalismo e da democracia substancial, a teoria garantista revela o *caráter contramajoritário* de sua formulação, é dizer, busca conformar respeito aos direitos e garantias individuais do cidadão, independentemente da vontade da maioria, que, eventualmente, possua um interesse outro. Não à toa, os direitos e garantias fundamentais possuem caráter público, e ao serem efetivados para o cidadão individual, satisfazem o interesse democrático de todos, afinal, todos passam a dispor da mesma tutela potencial.

3 Decisão penal e oxigenação criminológica: inquietações iniciais

Segundo Zaffaroni *et al.* (2011, p. 64), o direito penal diz respeito à uma programação, pois

[...] projeta um exercício de poder (dos juristas). Este poder não pode ser projetado omitindo estratégias e táticas, ou seja, desconsiderando seus limites e possibilidades, o que implica incorporar dados da realidade sem os quais qualquer programação seria absurda e iria promover resultados reais impensados.

Considerando as grandes mutações hermenêuticas do pensamento jurídico no que se refere às formas decisórias, desde a tradição do positivismo exegético iluminista (*in claris cessat interpretatio*), na qual o juiz estaria preso ao “espírito das leis”, perpassando pelo positivismo normativista de Hans Kelsen e sua “pura” teoria do direito e para o qual a interpretação seria um problema de política judiciária (e não de teoria do direito), a perspectiva da decisão garantista, alinhada na matriz

⁵ Por ocasião, essa instrumentalidade de tutela de direitos fundamentais a partir da intervenção penal possibilita um significado peculiar de garantismo, como explica Ferrajoli: “Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário” (FERRAJOLI, 2011, p. 330).

positivista analítica de Ferrajoli, por mais que dê considerável salto qualitativo às perspectivas anteriores, também apresenta limites (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012; ROSA, 2006).

Segundo Pinho (2013, p. 51), em atenção ao pressuposto axiológico e teórico do modelo penal garantista (cisão entre direito e moral), “justificar o direito penal com base nos princípios que lhe dão corpo é fazê-lo, inegavelmente, a partir de critérios de moralidade, já que esses princípios continuam a ser exigências da moralidade”. Segundo o raciocínio da autora, que parte do referencial gadameriano em hermenêutica,

Direito e moral não podem ser separados, não porque toda norma jurídica tem um conteúdo valorativo, como diz Ferrajoli; mas porque a produção do Direito está, desde sempre, imersa na moralidade política, no conjunto de tradições que (con)formam determinada sociedade. (PINHO, 2013, p. 53)

Assim, frente à problemática, de base da noção de moralidade política, uma saída possível seria “construir uma interpretação em que argumentos morais (se) integram (n)o Direito, na medida em que as decisões devem ser tomadas tendo em vista o cumprimento de parâmetros de justiça, equidade e integridade, em uma comunidade de princípios” (PINHO, 2013, p. 75). Com base na decisão como integridade, esclarece o próprio Dworkin (2007, p. 264) que essa elementar exige “[...] que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”.

Em *Educação e complexidade*, Edgar Morin (2002) descreve a crise do saber científico contemporâneo, o qual, marcado pelo fenômeno da *hiperespecialização*, exacerbou as especializações do conhecimento ao ponto de a justaposição de compartimentos impossibilitar as comunicações e as solidariedades entre saberes, que, ignorando a mundialização, passam a tratar os problemas de modo isolado e narcísico, rechaçando a real complexidade (transversal, multidimensional e planetária) dos fenômenos objetos de análise.

A tese advogada por Morin é a da necessidade de construção de um *paradigma da complexidade*, fundado na distinção, conjunção e implicação mútua dos diversos saberes que, segundo tal paradigma, operariam desde uma lógica interdisciplinar ou transdisciplinar – métodos de estudo que permitem que as paragens ônticas de cada disciplina respeitem o objeto de investigação da outra e, portanto, haja comunicação e não dogmatização de verdades incontestáveis –, de modo que, desde uma releitura da ciência, poder-se-ia *religar*, a partir do exercício da *problematização*, duas culturas separadas: *ciência* e *humanidades*, como uma melhor forma de compreensão da contemporânea complexidade do real.

No campo das ciências criminais, uma vez constatada a insuficiência da concepção estritamente formal do racionalismo clássico, o terreno se tornou propício para o surgimento da criminologia positivista, que inaugurou, por sua vez, enfoque científico indutivo das ciências naturais (paradigma etiológico).

A criminologia, nesse momento, nada mais confirmou-se do que disciplina auxiliar à dogmática penal, dando ao delito uma percepção ontológica e naturalista, bem como uma face patológica do delinquente. Essa qualificação permitiu que essa dependência metodológica convertesse a criminologia positivista em instância legitimadora do poder punitivo, redimensionando, dessa feita, a atuação das agências de administração do sistema de justiça criminal, e, ao mesmo tempo, intensificando uma crença de autossuficiência na dogmática jurídico-penal, que congloba à sua normatização as categorias etiológicas.

No caso, “embebidas no sonho cientificista da radical resolução do problema (criminalidade), e oprando no interior de modelo bio-psico-social sanitarista que identifica na diversidade estético-racial o objeto de eliminação (*homo criminalis*)”, as disciplinas criminológicas inauguraram verdadeira “tecnologia repressiva de raiz totalitária que revive a inquisitio” (CARVALHO, 2010, p. 185).

Paradoxalmente, o modelo garantista, que é na verdade um modelo limitador da intervenção estatal, apesar de ser arquitetado na tradição positivista, é analítico e crítico, e resiste às pretensões de intervenção do Estado no indivíduo – “o indivíduo tem o direito de ser mau!” –, mas incorre em semelhante erro no que diz respeito à não incorporação da produção empírica criminológica à dogmática.

Como bem lembra Kaufmann (2002, p. 26), “o dogmático parte de pressupostos que assume como verdadeiros, sem porém, dispor de provas dessa veracidade. Ele pensa *ex datis*”, de modo que “mesmo quando adota uma postura crítica, nomeadamente na análise de uma norma legal, o argumento da dogmática jurídica é sempre imanente ao sistema; o sistema vigente permanece intocado”, o que no quadro da dogmática, em si, é uma atitude perfeitamente legítima, vale ressaltar.

Portanto, o grande problema da teoria garantista em Ferrajoli diz respeito à não incorporação dos elementos empíricos – fruto da Lei de Hume... – provenientes do desenvolvimento do pensamento criminológico, que já não mais condiz com os reducionistas pressupostos do positivismo criminológico. A teoria criminológica de que se fala é a de base crítica, que incorpora o *labelling approach* e o materialismo marxista, que na sua contribuição empírica desvelou as funções reais do poder punitivo – sistema de controle social desigual e exclusão social de marginalizados –, bem como sua falibilidade de metas (redução da criminalidade, prevenção de delitos e proteção de bens jurídicos), superando o paradigma etiológico positivista.⁶

⁶ Sobre a “revolução paradigmática” no campo criminológico, numa perspectiva sincrônica, que descreve de maneira crítica o deslocamento do pensamento tradicional de cunho positivista para a criminologia crítica, conferir: Andrade (1995, p. 24-36).

No cenário dessa revolução paradigmática em criminologia, explica Vera Andrade (1995), a mudança de paradigmas “[...] descola e redefine a Criminologia de um saber auxiliar do Direito Penal e interno ao modelo integrado (que o cientificiza), para um saber crítico externo sobre ele (que o problematiza e politiza) convertido em ‘objeto’ criminológico”. A partir de agora, a “criminalidade” não “é” (o crime não é ontológico e pré-constituído ao ser), mas “está” sendo sempre construída socialmente. Ela é produto da reação social.⁷

Assim, atentando-se que a função da criminologia crítica será a de problematizar o sistema de justiça criminal frente suas relações de controle e dominação exercidas, sendo este o novo objeto de estudo e investigação (e não mais a figura do criminoso individual):

No centro desta problematização estão os resultados sobre a secular seletividade estigmatizante (a criminalização da pobreza e da criminalidade de rua x imunização da riqueza e da criminalidade de gabinete) e a violência institucional do sistema penal, sobretudo da prisão, a inversão de suas promessas, a incapacidade de dar respostas satisfatórias às vítimas e suas famílias, e a própria Criminologia etiológica e o Direito Penal dogmático são denunciados em sua função instrumentalizadora e legitimadora da seletividade, nascendo daí uma nova problemática para a Política Criminal quais são as alternativas à prisão e ao sistema penal? (ANDRADE, 2008, p. 23).

Portanto, todas essas contribuições sobre o real não estão presentes na teoria garantista. No entanto, se utilizado no local em que seu corpo teórico é mais bem elaborado e aplicado, é dizer, se compreendido como *paradigma (garantista) limitador das ciências criminais*, tal como a proposta de Carvalho, o aporte garantista fornece “importantes ferramentas para constrição dos poderes punitivos e abre espaço para a sofisticação das práticas forenses cotidianas voltadas à redução dos danos causados aos direitos humanos”, compreendendo verdadeiro “modelo crítico de ciências criminais integradas” (CARVALHO, 2010, p. 128).

Porém, fazer uso do garantismo não implica crer cegamente em seu paradigma, o que se busca ao revisitar a filosofia ilustrada clássica, é construir um direito penal mínimo, com resgate às suas virtudes, isto é, ao seu conteúdo humanitário

⁷ O paradigma da reação social ou do controle social é formado a partir das contribuições do *labelling approach* (ou enfoque do etiquetamento). Sobre tal paradigma, explica Vera Andrade: “Modelado pelo interacionismo simbólico e etnometodologia como esquema explicativo de ‘conduta desviada’ e ‘reação social’, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio e a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de integração social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção” (ANDRADE, 1995, p. 28).

e garantidor, porém “sempre compreendendo que a realidade complexa do contemporâneo estado social e Democrático de Direito demanda, por óbvio, a releitura de vários conceitos e a reelaboração de algumas ideias” (PINHO, 2006, p. 120), isto é: *autocrítica*.

No que se refere ao campo da decisão, defendendo a hipótese de um influxo do pensamento criminológico, propõe Baratta (2004, p. 144) a necessidade de um método sociológico

que utilize uma perspectiva epistemológica e metodológica adequada, ao status teórico do aparo conceitual elaborado pela ciência jurídico-penal e também analisar a função argumentativa e do controle decisional que, efetivamente, exercitam e podem exercitar os instrumentos dogmáticos sobre a estrutura decisional, os mecanismos decisoriais e as decisões do sistema.

Ainda segundo Baratta (2004, p. 144):

a ciência jurídico-penal e a metodologia jurídica “tradicional” limitaram a função do controle argumentativo àquelas variáveis das decisões do sistema de justiça criminal que normalmente são o objeto da fundamentação de sentenças judiciais e de atos administrativos (variáveis manifestas) omitindo as variáveis latentes (variáveis socioestruturais, estereótipos, “teorias do cotidiano”, etc.).

A proposta seria, portanto, a de “deslocamento de um garantismo abstrato [...] para um garantismo crítico e criminologicamente fundamentado, entendido como vigilância sobre o (des)respeito aos direitos humanos” (ANDRADE, 2012, p. 101).

Como entende Vera Andrade (2012, p. 101), a ideia é que a perspectiva crítica não se esgote no garantismo, sendo um passo além precisamente o desafio: “manter o garantismo em seu devido lugar, ou seja, como tática minimalista micro (e não como estratégia), sobretudo no interregno de crise de legitimidade do sistema penal”.

Nesse sentido, imprescindível que o garantismo abdique da tarefa estéril de legitimar e justificar juridicamente a pena a partir de seu utilitarismo reformado. A questão é oriunda do diagnóstico criminológico crítico constatador da falibilidade das *funções declaradas* do sistema penal (prevenções geral e especial, positivas e negativas), sucumbidas frente às preponderantes *funções reais*, não declaradas (difusão de controle, violência e criminalidade etc.).

Diante dessa problemática, a *teoria agnóstica da pena* (ou *teoria negativa da pena*) se coloca como uma alternativa de reflexão à concepção de funções declaradas não realizáveis da pena, afirmando não existir nenhuma função positiva à pena, sendo agnóstica quanto à sua função por confessar não a conhecer (ZAFFARONI *et al.*, 2011). Daí que, se não existe fundamento jurídico legitimamente exercível no mundo

prático, parece estar certo Tobias Barreto, segundo o qual “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político” (BARRETO, 2000, p. 178).

Em clássico exemplo, explica que a pena não tem força para restabelecer direito violado, de modo que o *interesse jurídico*, em um homicídio, *v. g.*, exigiria que o assassino fosse considerado vivo e perpetuamente condenado a trabalhar em benefício dos parentes do morto ou da nação prejudicada pelo aniquilamento de uma vida humana, que, entretanto, não seria uma pena, mas somente o pagamento de uma dívida, e que poderia muito bem incidir tal condenação na disciplina do direito das obrigações, e não no direito penal. Não à toa, é sua célebre frase: “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”.

Denegar a possibilidade de legitimação jurídica da pena, a partir da teoria agnóstica da pena e equiparar a sua justificação à da guerra, significa, antes de tudo, concebê-la como ato político cuja conotação é beligerante. Desse modo, a estratégia de limitação de violência – na busca pela redução de danos – estaria direcionada à própria contração da política, enquanto limitação do atuar punitivo, judicial e administrativo.

Ao explicar que o projeto de minimização do sofrimento imposto pela pena, agregado à negatização das violências, possibilita a negação a qualquer tendência justificacionista, realocando o problema da sanção penal da esfera jurídica à política, Carvalho (2010, p. 150) conclui que “reduzir dor e sofrimento (danos) seria o único motivo de justificação da pena nas atuais condições em que é exercida, principalmente nos países periféricos”.

Outrossim, interessante notar ainda que, se compreendida a criminologia crítica como discurso crítico-político sobre a criminalização direcionado a contestar o paradigma etiológico-causal positivista desde a reação social, o próprio garantismo, em sua construção axiológica de um modelo de intervenção penal democrático, oferece elementos para a contestação da concepção de delito como ente natural, destacando-se, exemplificativamente, a distinção *direito penal do fato (garantista) x direito penal do autor (antigarantista)*.

Ferrajoli (2011, p. 258), ao criticar as premissas oriundas do positivismo e da defesa social, explica que tais doutrinas pressupõem uma concepção do poder punitivo como “‘bem’ metajurídico – o Estado pedagogo, tutor ou terapeuta – e, simetricamente, do delito como ‘mal’ moral ou ‘doença’ natural ou social, são as menos liberais e antigarantistas [...] justificam modelos de direito penal máximo”, que, como a história ensina, são tendencialmente sem limites.

Admitir a teoria agnóstica da pena enquanto nexos de aproximação e conectividade entre criminologia crítica e garantismo equivale, portanto, à assunção de uma *política criminal de redução de danos*, cuja agenda programática teria como vértice a

contração máxima do poder político, buscando minimizar dor e sofrimento resultantes das históricas intervenções das agências de controle dos sistemas penais.

Com base na moralidade política, via crítica criminológica, os juízes dispõem de elementos suficientes para argumentar pela defesa dos direitos individuais e de interesse público, porém, obviamente, esta principiologia – que Dworkin sinaliza com “equidade”, “justiça”, “devido processo legal adjetivo” e “integridade” – não pode ser inserida em um modelo consensual e a-histórico de sociedade, tal como fizera o positivismo ortodoxo (e criminológico), mas deve, principalmente, refletir sobre a conflituosa e desigual realidade dos sistemas penais latino-americanos situados na periferia marginal do poder planetário.

Afinal, como bem explica Gadamer (2013, p. 32):

o modo como experimentamos uns aos outros, como experimentamos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e de nosso mundo, é isso que forma um universo verdadeiramente hermenêutico. Nele não estamos encerrados como entre barreiras intransponíveis; ao contrário, estamos sempre abertos para o mundo.

E estar “aberto para o mundo”, demanda, necessariamente, compreensão do trágico controle social não previsto no idealístico e abstrato mundo jurídico.

4 À guisa de conclusão (?)

Uma das grandes características da contemporaneidade diz respeito à sublevação de uma cultura de conhecimento arraigada na ciência (uma “era da ciência”), como se a condição de possibilidade válida de um saber devesse, obrigatoriamente, estar pautada no pensamento racional de matriz positiva. É dizer, ainda se vive o sintoma de dominação pelo paradigma do racionalismo e da atitude cientificista, herança de muito do desenvolvimento do *cogito, ergo sum* cartesiano. Essa é a questão central deste trabalho.

No curso do desenvolvimento dos pensamentos sobre a questão criminal, e, por via de consequência, dos modelos de ciências criminais que foram forjados, verifica-se que o garantismo (Ferrajoli) apresenta problemas e limitações porque, a despeito de sua tradição analítica-crítica, enquanto herdeiro do positivismo, crê nos ideais de certeza, verdade, segurança e, no mundo prático do real – diferente do “mundo dogmático dos juristas” –, a realidade é bem outra.

Como visto, diagnosticadas as críticas hermenêuticas no campo da decisão penal, podendo desde uma perspectiva de um modelo crítico de ciências criminais, tão somente incorporar os elementos da realidade a partir da crítica criminológica, na conformidade de uma práxis de resistência e contenção do poder punitivo.

A ideia central deste trabalho é, portanto, uma proposta de reflexão crítica sobre o pensamento clássico das ciências criminais – de que o garantismo é o exemplo por

excelência na contemporaneidade – que ainda persiste como ideal a ser seguido na proteção dos direitos e liberdades fundamentais.

A grande questão é: por mais sofisticados que sejam, não podem se alijar das contribuições centradas no campo do empírico, como é o caso dos aportes advindos da crítica criminológica, neste marco, importante mecanismo de contenção do poder punitivo nas mãos do julgador penal e demais juristas atuantes no cotidiano forense.

Notes about the criminological critics and the warrantism applied to penal decision

Abstract: The research intends to confront the criminal aspect of the decision based on the warrantist theoretical model (Ferrajoli) aiming verify its relevance, limits and possibilities, once inserted into the problematic inter and transdisciplinary of an integrated model of criminal science. Considering the course of speeches on the criminal matter, and the development of hermeneutic investigations show that the search for a solid decision theory, especially in the post-88 Brazilian context and the advent of the Constitution, it is proposed questions – essentially criminological and arising from the critical theory of social control – opposite the decisional practice and its role to the reality of contemporary criminal matter. The hypothesis explains the need for critical review of garantismo, aiming ultimately, a critical model of criminal science.

Keywords: Warrantism. Critical criminology. Criminal decision.

Notas sobre la crítica criminológica y el garantismo aplicado a la decisión penal

Resumen: La investigación intenta problematizar el aspecto penal de la decisión basada en el modelo teórico garantista (Ferrajoli) con el objetivo de comprobar su relevancia, límites y posibilidades, una vez insertado en la problemática inter y transdisciplinaria de un modelo integrado de la ciencia penal. Teniendo en cuenta el curso de los discursos sobre la cuestión criminal, así como el desarrollo de las investigaciones hermenéuticas que muestran la búsqueda de una teoría de la decisión sólida, especialmente en el contexto brasileño post-88 y el advenimiento de la Constitución, se propone indagaciones – esencialmente criminológicas y derivadas de la teoría crítica del control social – en contra de la práctica decisoria y su papel a la realidad de la materia penal contemporáneo. La hipótesis sostenida muestra la necesidad de revisión crítica del garantismo, objetivando, en última instancia, un modelo crítico de la ciencia penal.

Palabras-clave: Garantismo. Criminología crítica. Decisión penal.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do Paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico. *Carta Forense*, São Paulo, v. 58, 2008.

BARATTA, Alessandro. ¿Tiene futuro la criminología crítica? In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004.

- BARATTA, Alessandro. L'esistenza e il laboratorio del diritto: a proposito dell'imputazione di responsabilità nel processo penale. *Dei delitti e delle pene*, Bari, n. 1, p. 37-60, 1987.
- BARRETO, Tobias. Fundamento do direito de punir. In: *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- CADEMARTORI, Sérgio U. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COPETTI, André. *Direito penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- DEL FRATE, Paolo Alvazzi; SERGES, Giuliano. Garantismo e inquisizione. Considerazioni sulla giustizia criminale in età moderna. In: CAVINA, Marco (Ed.). *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*. Bologna: Pàtron Editore, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Tradução de Perfecto Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 10. ed. Bari: Laterza, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. 2. ed. Tradução de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2013.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- MORIN, Edgar. *Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2002.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de; BRITO, Michelle Barbosa de. É possível controlar o livre convencimento motivado? Quanto a falta de uma teoria da decisão transforma a discricionariedade em "princípio". In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coords.). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ZAFFARONI *et al.* *Direito penal brasileiro – I: teoria geral do direito penal.* 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI *et al.* *Direito penal brasileiro – II: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Adrian Barbosa e; ROSA, Alexandre Moraes da. Notas sobre a crítica criminológica e o garantismo aplicado à decisão penal. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 13, n. 18, p. 59-74, jul./dez. 2015.

Recebido em: 13.08.2015

Aprovado em: 10.11.2015