

TEORIA GARANTISTA: ANÁLISE DA TEORIA DE LUIGI FERRAJOLI E SUA INFLUÊNCIA PRÁTICA NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

GUARANTOR THEORY: ANALYSIS OF LUIGI FERRAJOLI'S THEORY AND ITS PRACTICAL INFLUENCE ON THE BRAZILIAN CRIMINAL LEGAL SYSTEM

Lavia Ellen Buim dos Santos¹; Kevin Oliveira Mendonça²

1. Acadêmica do Curso de Direito. Centro Universitário Uninorte, AC, Brasil.

2. Direito. Docente no Curso de Direito. Centro Universitário Uninorte. AC, Brasil.

***Autor correspondente:** kevin.mendonca@uninorteac.com.br

RESUMO

Objetivo: Analisar a epistemologia garantista, destaca-se a relevância das garantias penais e processuais, bem como a necessidade de conformidade com os princípios da legalidade estrita e estrita jurisdicionalidade.

Método: O estudo revela as utopias liberais inerentes à teoria, apontando para a superação de desafios estruturais e culturais no contexto brasileiro.

Resultados: No entanto, o conflito entre a teoria e a realidade jurídica nacional, especialmente em questões como prisão preventiva e desigualdade no acesso à justiça, destaca desafios significativos.

Conclusão: Explorando as semelhanças, como a presunção de inocência, e abordando possíveis ajustes legislativos, o trabalho propõe uma análise cautelosa e estratégica para a aplicação efetiva da teoria garantista no cenário brasileiro, reconhecendo a necessidade de uma abordagem coletiva e abrangente.

Palavras-chave: Teoria garantista. Luigi Ferrajoli. Influência. Sistema jurídico penal brasileiro.

ABSTRACT

Objective: Analyze the garantist epistemology, it highlights the relevance of criminal and procedural guarantees, as well as the need for compliance with the principles of strict legality and strict jurisdictionality.

Method: The study reveals the liberal utopias inherent in the theory, pointing to overcoming structural and cultural challenges in the Brazilian context.

Results: However, the conflict between the theory and the national legal reality, especially on issues such as pre-trial detention and unequal access to justice, highlights significant challenges.

Conclusion: By exploring similarities, such as the presumption of innocence, and addressing possible legislative adjustments, the paper proposes a cautious and strategic analysis for the effective application of the garantist theory in the Brazilian scenario, recognizing the need for a collective and comprehensive approach.

Keywords: Guarantor theory. Luigi Ferrajoli. Influence. Brazilian criminal justice system.

INTRODUÇÃO

A teoria garantista de Luigi Ferrajoli¹, notável jurista italiano, representa um pilar essencial no campo do direito, particularmente no que diz respeito à proteção dos direitos individuais e à estrutura normativa. Este artigo se propõe a exploração detalhada dessa teoria, delineando suas nuances e dimensões cruciais, ao mesmo tempo em que busca avaliar criticamente sua aplicabilidade no contexto jurídico brasileiro.

A teoria de Ferrajoli¹ representa uma abordagem proeminente no campo do direito, fundamentada na defesa intransigente dos direitos individuais em face do poder estatal. Ferrajoli¹ destaca-se por sua análise crítica do sistema jurídico, propondo uma visão que visa equilibrar a autoridade do Estado com a preservação das garantias fundamentais dos cidadãos.

Essa teoria, embora enraizada em um contexto jurídico específico, transcende fronteiras, influenciando discussões sobre direitos humanos e justiça no mundo todo. Sua abordagem crítica e suas propostas para conciliar a autoridade estatal com a proteção dos direitos individuais continuam a influenciar o pensamento jurídico contemporâneo.

O objetivo central deste artigo é conduzir uma análise minuciosa da teoria

garantista de Ferrajoli¹, compreendendo cada uma de suas dimensões fundamentais e, simultaneamente, investigando como esses princípios podem ser incorporados e adaptados no cenário jurídico brasileiro. A relevância dessa investigação reside na busca por uma compreensão mais profunda dos fundamentos teóricos da teoria garantista, bem como na necessidade de avaliar como esses princípios podem contribuir para a construção de práticas jurídicas mais justas e equânimes.

Ao final, espera-se que este artigo forneça uma compreensão aprofundada e crítica da teoria garantista de Ferrajoli¹ contribuindo para o enriquecimento do debate acadêmico e para a reflexão sobre a eficácia e a aplicabilidade desses princípios no cenário jurídico brasileiro.

A TEORIA GARANTISTA DE FERRAJOLI

O direito penal nos ordenamentos desenvolvidos é, em sua essência, um produto predominantemente moderno, ancorando nos princípios basilares do modelo garantista clássico. Este último, sustentado por conceitos como a legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes e a presunção de inocência, tem raízes profundas na tradição jurídica do

Iluminismo e do liberalismo do século XVIII. Contudo, é crucial observar que os fundamentos que se entrelaçam nessa tradição não são homogêneos entre si e tampouco são univocamente liberais.

Diversos filões, como as doutrinas dos direitos naturais, teorias contratualistas, filosofia racionalista e empirista, doutrinas políticas da separação dos poderes e supremacia da lei, positivismo jurídico e concepções militaristas do direito e da pena, contribuem para essa teia conceitual. Entretanto, essa diversidade filosófica não impede que esses princípios, consolidados nas constituições e codificações modernas, formem um sistema coerente e unitário, apesar de suas origens multifacetadas.

Os princípios garantistas, enquanto sistema coerente, representam um esquema epistemológico destinado a identificar desvios penais, visando a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade nos julgamentos. Entretanto, reconhece-se que esse esquema apresenta aporias lógicas e teóricas, sendo, em grande parte, um modelo ideal e ideológico. Sua crítica e revisão teórica são frequentemente empreendidas pela cultura jurídica, levando a questionamentos científicos e políticos, muitas vezes resultando em abordagens antigarantistas.

Antes de adentrar na crítica e revisão teórica, é necessário esboçar, mesmo que de maneira esquemática, os elementos constitutivos desse sistema. Tais elementos consistem na definição legislativa e na comprovação jurisdicional do desvio punível, os quais correspondem a conjuntos singulares de garantias – as garantias penais e processuais. Estas, por sua vez, fundamentam o sistema punitivo que se baseia nos princípios garantistas, visando, em última instância, limitar o poder punitivo e proteger o indivíduo contra a arbitrariedade.

CONVENCIONALISMO PENAL E LEGALIDADE ESCRITA

O convencionalismo penal, elemento central na teoria garantista de Ferrajoli¹, encontra sua expressão mais clara no princípio da legalidade estrita. Este princípio, que permeia a determinação abstrata do que é considerado punível, impõe duas condições essenciais. Em primeiro lugar, exige o caráter formal ou legal como critério para a definição do desvio penal, desconsiderando características intrínsecas ou ontológicas que poderiam ser percebidas como imorais ou naturalmente anormais. Em segundo lugar, requer a base empírica das hipóteses de desvio legalmente definidas, vinculando a punibilidade a

comportamentos empíricos objetivos, não a figuras subjetivas de *status* ou autor.

As condições estabelecidas na teoria de Ferrajoli¹, em particular no contexto do princípio da legalidade estrita, desempenham papéis cruciais na definição e aplicação do direito penal. A primeira condição, associada ao princípio da reserva legal em matéria penal, impõe uma restrição fundamental à atuação judicial. Nesse contexto, o juiz é estritamente submetido à lei, sendo-lhe vedado qualificar como delitos fenômenos que considere imorais, exceto aqueles formalmente designados pela lei como pressupostos para a aplicação de uma pena.

Essa primeira condição, para além de ser uma limitação técnica, representa uma salvaguarda essencial na proteção da esfera de liberdade individual. Ao impor a submissão estrita à lei, assegura que a autoridade judicial não se desvie para interpretações subjetivas ou arbitrárias, fortalecendo a ideia de que apenas o que é formalmente indicado pela legislação pode ser passível de penalização. Assim, a atuação judicial é delimitada por critérios objetivos, promovendo a equidade e a preservação dos direitos individuais.

A segunda condição, por sua vez, complementa o robusto arcabouço da legalidade estrita, manifestando-se como uma reserva absoluta de lei direcionada

ao legislador. Essa condição demanda taxatividade e precisão empírica nas formulações legais que definem o desvio punível. Ao estabelecer uma reserva tão rigorosa, essa condição atua como uma barreira contra a arbitrariedade legislativa. Direciona o legislador a formular leis penais claras, específicas e empiricamente fundamentadas, proporcionando segurança jurídica e prevenindo abusos legislativos.

A segunda condição, ao ser direcionada ao legislador, representa um obstáculo claro contra formulações legais vagas ou ambíguas que poderiam comprometer a certeza do direito penal. A exigência de taxatividade não apenas orienta o legislador a ser específico em suas definições, mas também oferece aos cidadãos uma compreensão clara e inequívoca dos comportamentos passíveis de punição. Desse modo, a segunda condição não só consolida a reserva legal, mas também contribui para a construção de um sistema penal fundamentado na clareza, precisão e, acima de tudo, na proteção dos direitos individuais. Em conjunto, essas condições, incorporadas no princípio da legalidade estrita, desempenham papéis fundamentais na garantia da equidade e na preservação dos princípios fundamentais no âmbito do direito penal.

A legalidade estrita é apresentada como uma técnica legislativa específica, visando a eliminar convenções penais arbitrárias e discriminatórias direcionadas não aos fatos, mas diretamente às pessoas. Esta técnica é contraposta às normas constitutivas, que *ipso jure* criam situações de desvio sem prescrever nada, admitindo apenas regras regulamentares que estabelecem proibições de comportamento. A natureza garantista do convencionalismo penal reside na concepção nominalista e empírica do desvio punível, referindo-se unicamente às ações taxativamente indicadas pela lei, excluindo qualquer configuração ontológica ou extralegal.

COGNITIVISMO PROCESSUAL E ESTRITA JURISDICIONALIDADE

A epistemologia garantista possui um segundo elemento frequentemente negligenciado, mas de extrema relevância: o cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível. Este componente incide diretamente sobre as motivações dos pronunciamentos jurisdicionais, ou seja, as razões de fato e de direito acolhidas para justificar as decisões judiciais. O princípio de estrita jurisdicionalidade é fundamental para garantir esse requisito e exige, por sua vez, duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das

hipóteses acusatórias e a comprovação empírica por meio de procedimentos que permitam tanto a verificação quanto a refutação.

Para evitar que o desvio punível seja “constituído”, mas sim “regulado” pelo sistema penal, é insuficiente que esteja apenas pré-configurado por regras de comportamento. Ferrajoli¹ destaca, por exemplo, que comportamentos como o ato obsceno ou o desacato são figuras delituosas “em branco”, cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, frequentemente, remete a valorações discricionárias do juiz. Para atender aos princípios da legalidade e fatualidade do desvio punível, tanto a lei quanto o juízo penal precisam ter caráter “constitutivo” e adotar um caráter “recognitivo” das normas e “cognitivo” dos fatos por elas regulados.

O requisito da estrita jurisdicionalidade é logicamente pressuposto pelo da estrita legalidade, indicando a necessidade de leis bem dispostas determinar o máximo possível, deixando aos juízes o mínimo possível. Esse modelo teórico e normativo configura o processo penal como um procedimento probatório indutivo, excluindo valorações subjetivas em favor de afirmações ou negações passíveis de verificação empírica.

A concepção cognitiva da jurisdição, em conjunto com a abordagem

convencionalista e empírica da legislação, visa assegurar dois resultados ético-políticos da cultura penal da ilustração. Primeiramente, destaca-se o valor da certeza na determinação do desvio punível, confiando na taxativa formulação legal e judicial de pressupostos típicos gerais e abstratos. Em segundo lugar, promove-se a separação entre direito e moral, e entre direito e natureza, argumentando que a criminalização de um comportamento é resultado de uma convenção jurídica e não intrinsecamente imoral ou anormal.

A teoria garantista, ao enfatizar a estrita jurisdicionalidade e o cognitivismo processual, busca estabelecer um sistema penal que evite arbitrariedades, promova certeza jurídica e preserve a distinção entre o domínio jurídico e outros domínios sociais. Essa abordagem reflete uma compreensão refinada da aplicação do direito penal na sociedade contemporânea, destacando a importância de fundamentar as decisões judiciais em critérios cognitivos e no reconhecimento normativo.

GARANTIA E UTOPIA LIBERAL

O modelo penal garantista proposto por Ferrajoli¹, embora reconhecido pelo autor como idealista e, em certa medida, utópico, continua a desempenhar um papel crucial na fundamentação da teoria

jurídica contemporânea. Ferrajoli¹ destaca a inevitável presença de espaços de poder na atividade judicial, ressaltando a complexidade intrínseca à interpretação da lei e à verificação dos fatos legalmente puníveis. Contudo, é importante ressaltar que a abordagem crítica de Ferrajoli¹ não busca invalidar o modelo garantista, mas, pelo contrário, aprimorá-lo mediante uma compreensão mais realista e pragmática das limitações e possibilidades inerentes ao sistema legal.

Ao examinar os quatro tipos de espaços de poder no exercício judicial, Ferrajoli¹ lança luz sobre as nuances da atividade judicial. O poder de indicação jurídica, por exemplo, destaca a natureza interpretativa da aplicação da lei, exigindo escolhas práticas no que diz respeito a hipóteses interpretativas alternativas. Isso reflete a inevitabilidade da subjetividade na interpretação legal, mesmo quando amparada por garantias processuais.

O poder de comprovação probatória, por sua vez, ressalta que a verificação fática é muito mais do que uma atividade cognitiva; é a conclusão provável de um processo indutivo que, por sua vez, envolve escolhas práticas. Ferrajoli¹ destaca a necessidade de reconhecer a natureza subjetiva e opinativa dessas escolhas, mesmo quando o sistema de garantias busca proporcionar um ambiente mais objetivo.

A conotação equitativa, como terceiro espaço de poder, destaca a necessidade de o juiz discernir as conotações específicas que diferenciam um fato de outros, mesmo que pertençam ao mesmo gênero jurídico. A equidade do juiz desempenha um papel crucial nesse contexto, pois parte dessa função cognitiva envolve atividade valorativa.

O poder de disposição ou valoração ético-política destaca a inevitável discricionariedade dispositiva no âmbito judicial. Isso cria um dilema, pois, mesmo com um sistema de garantias eficiente, os juízes ainda enfrentam a responsabilidade política de suas escolhas e decisões. Ferrajoli¹ reconhece a contradição inerente a esses espaços de poder, mas destaca a importância de compreendê-los como elementos a serem reduzidos e controlados, não eliminados.

Portanto, a abordagem crítica e reflexiva proposta por Ferrajoli¹ sugere que, embora o modelo garantista possa ser uma utopia liberal em sua perfeição, é um referencial valioso para orientar a evolução e aprimoramento contínuo do sistema jurídico. A análise crítica das limitações intrínsecas e a busca por técnicas legislativas e judiciais que reduzam as margens de discricionariedade são fundamentais para atingir uma justiça penal mais efetiva e justa. Essa visão não invalida o modelo,

mas destaca a necessidade de abordagens pragmáticas e evolutivas no campo jurídico.

GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS

A teoria garantista destaca-se como um sólido arcabouço epistemológico que permeia os princípios fundamentais do direito penal. Essa coesão é particularmente evidente na ênfase dada à admissibilidade da verdade processual, que não só confere unidade ao modelo garantista, mas também permite uma análise sistemática dos princípios que o compõem. Ao identificar onze termos-chave, como pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa, Ferrajoli¹ estabelece as bases para uma compreensão profunda das condições necessárias à atribuição de pena dentro desse paradigma jurídico.

A interconexão desses princípios, formulados como proposições de implicação ou condicionais, evidencia sua intrínseca dependência mútua. Ferrajoli¹ não apenas reconhece a interdependência desses conceitos, mas também destaca as condições desafiadoras associadas à “prova” e à “defesa”. Ao abordar a utopia de um direito penal totalmente objetivo em relação à verdade, Ferrajoli¹ ressalta a importância

de buscar essa verdade, mesmo que sua perfeição seja ilusória e perigosa.

Os axiomas garantistas, que por Ferrajoli são designados como "regras do jogo fundamentais do direito penal"², delineados por implicações, não são meras descrições do que ocorre, mas sim prescrições do que deveria ocorrer. Essas implicações normativas ou de dever-se, ao serem incorporadas em diversos sistemas penais, dão origem a modelos normativos ou axiológicos. A escolha de adotar esses modelos, particularmente o garantista no grau máximo, reflete uma opção ético-política em favor dos valores protegidos por eles.

Nesse sentido, Ferrajoli¹ apresenta princípios às garantias penais e processuais, quais sejam:

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exteriorização da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade¹.

Dentre esses princípios, o da legalidade está previsto no artigo 1º do Código Penal³, e no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal⁴: "Não há crime sem

lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Trata de um direito fundamental, e protegido como cláusula pétrea, modelo limitador do poder punitivo estatal. O princípio da legalidade estrita emerge como central no sistema garantista, indo além da mera legalidade ao exigir que a lei não apenas seja uma condição necessária, mas também que todas as garantias sejam condições necessárias da legalidade penal. Esse princípio, conforme detalhado por Ferrajoli¹, não apenas regula a relação entre o juiz e as leis vigentes, mas também impõe ao legislador uma técnica específica de qualificação penal.

A estrita jurisdicionalidade, intrinsecamente ligada à legalidade estrita, desempenha um papel crucial na garantia da verificabilidade e falseabilidade dos tipos penais, tanto abstratos quanto concretos. Essa conexão entre legalidade estrita e jurisdicionalidade assegura a validade das leis vigentes, fornecendo uma estrutura normativa que, quando incorporada em sistemas jurídicos, representa um modelo regulador para a justiça formal.

Ao conectar os dez princípios do sistema garantista, cada um é reforçado e conotado pelos demais, ampliando o alcance garantista de cada axioma. A tipologia resultante, que categoriza os modelos teóricos de direito penal com

base no número e tipo de garantias asseguradas, fornece uma ferramenta abrangente para a análise de sistemas penais concretos. Essa análise, considerando tanto a dimensão normativa quanto o efetivo funcionamento, revela perfis potenciais de irracionalidade, injustiça e invalidez nos sistemas jurídicos em questão.

APLICAÇÃO DA TEORIA GARANTISTA NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

SEMELHANÇAS ENTRE A TEORIA GARANTISTA E O SISTEMA JURÍDICO PENAL NO BRASIL

A teoria garantista apresenta diversas semelhanças com o sistema jurídico penal brasileiro atual, refletindo a influência de princípios fundamentais que buscam proteger os direitos individuais e garantir a justiça no processo penal. Essas convergências evidenciam a preocupação com a preservação de valores essenciais em ambos os contextos.

Uma das convergências notáveis é o princípio da legalidade estrita, que sustenta que não há crime sem lei anterior que o defina. Tanto na teoria garantista quanto no sistema penal brasileiro, esse princípio impõe limites ao poder punitivo do Estado, garantindo que apenas condutas claramente tipificadas como criminosas possam ser objeto de punição.

Outro ponto de concordância está na distinção entre garantias penais e processuais. Ambos os sistemas buscam estabelecer salvaguardas tanto relacionadas à imposição da pena quanto à proteção dos direitos fundamentais durante o processo penal. A presunção de inocência, pilar fundamental em ambas as abordagens, assegura que qualquer pessoa seja considerada inocente até que sua culpa seja comprovada, proporcionando um tratamento justo aos acusados.

A necessidade e ofensividade como requisitos para a pena são princípios que se alinham tanto à teoria garantista quanto ao sistema penal brasileiro. Ambos enfatizam que a pena deve ser proporcional à gravidade da ofensa e necessária para proteger a sociedade, evitando excessos e arbitrariedades.

A culpabilidade como condição da responsabilidade penal é um ponto de convergência crucial. Em ambas as perspectivas, o indivíduo só pode ser responsabilizado criminalmente se agir com culpabilidade, demonstrando consciência e vontade de cometer um delito.

A separação entre juiz e acusação, princípio essencial na teoria garantista, é cuidadosamente observada no sistema penal brasileiro⁵. Com a introdução do pacote anticrime (Lei 13.964/19)⁶, o

ordenamento jurídico fortaleceu o sistema acusatório adotando novas disposições legais. Além disso, instituiu o chamado Juiz das Garantias (CPP, arts. 3º-A ao 3º-F)⁷. Esse instituto garante que o julgamento seja conduzido de maneira imparcial, sem a interferência direta da acusação no papel do juiz, buscando evitar possíveis vieses e garantir um julgamento mais imparcial.

O direito ao contraditório e à ampla defesa, fundamentais para equilibrar as relações no processo penal, são respeitados em ambos os sistemas. A defesa tem o direito de apresentar seus argumentos e evidências⁸, assegurando um julgamento justo.

A teoria garantista também destaca o ônus da prova como uma garantia processual. No sistema penal brasileiro, a acusação é responsável por provar a culpabilidade do réu, e a defesa tem o direito de apresentar seus argumentos e evidências⁵.

A análise crítica dos sistemas penais, buscando identificar irracionalidades e injustiças, é uma abordagem compartilhada. Ambos reconhecem a importância da constitucionalização do direito penal, utilizando os princípios fundamentais de justiça e garantias individuais como balizadores.

A busca pela ressocialização do condenado como finalidade da pena,

embora não seja explicitamente mencionada por Ferrajoli¹, encontra respaldo no sistema penal brasileiro. Ambos buscam não apenas punir, mas reintegrar o indivíduo à sociedade.

A técnica legislativa preconizada por Ferrajoli¹, que enfatiza a tipicidade estrita e taxativa dos tipos penais, reflete-se em diversos aspectos do sistema penal brasileiro. Há uma constante busca por clareza e precisão na definição dos crimes.

A jurisprudência brasileira tem contribuído para a construção de um modelo penal garantista, interpretando as normas à luz dos princípios fundamentais da teoria de Ferrajoli¹. Além disso, o respeito aos tratados internacionais de direitos humanos é uma prática compartilhada, destacando a importância do compromisso internacional com a proteção dos direitos fundamentais.

CONFLITOS ENTRE A TEORIA GARANTISTA E O SISTEMA JURÍDICO PENAL

Os conflitos entre a teoria garantista, representada pelo pensamento de Ferrajoli¹, e o sistema jurídico penal brasileiro são evidentes e suscitam análises críticas sobre a efetiva aplicação dos princípios garantistas em um contexto legal concreto. Ferrajoli¹, ao defender um modelo que busca assegurar os direitos

individuais e limitar o poder punitivo do Estado, entra em choque com algumas características do sistema penal brasileiro, demandando uma reflexão profunda acerca da harmonização desses elementos.

Ferrajoli¹ é veementemente contrário à pena de morte e à prisão perpétua, considerando-as violações aos direitos fundamentais. No Brasil, a legislação não prevê a pena de morte, exceto em caso de guerra declarada, como destaca a Constituição Federal de 1988⁴, contudo, a existência da prisão perpétua de fato pode ser observada em penas extremamente longas, gerando conflito com a visão garantista⁵. Essa dicotomia, além de apresentar desafios no alinhamento com os princípios garantistas, suscita a necessidade de reformulações legais que estejam mais condizentes com as perspectivas de Ferrajoli¹.

O uso excessivo das prisões provisórias no Brasil, muitas vezes sem uma fundamentação sólida, representa um conflito com a ideia de que a privação de liberdade deve ser uma medida excepcional. Ferrajoli¹ preconiza a restrição da prisão preventiva, o que colide com a prática brasileira. Nesse contexto, urge a implementação de medidas que garantam uma aplicação mais criteriosa dessa medida, alinhando-se às diretrizes garantistas e evitando

abusos que possam comprometer os direitos individuais.

O sistema judicial brasileiro, caracterizado pela morosidade, entra em conflito com a celeridade defendida por Ferrajoli¹. A demora nos processos pode comprometer a efetividade das garantias individuais. A necessidade de reformas estruturais no âmbito judiciário brasileiro torna-se evidente, visando não apenas uma maior celeridade nos julgamentos, mas também a preservação dos princípios garantistas que fundamentam o sistema proposto por Ferrajoli¹.

A técnica legislativa clara e precisa preconizada por Ferrajoli¹ entra em conflito com a tipificação vaga de alguns crimes no ordenamento jurídico brasileiro. A vagueza refere-se à falta de precisão e clareza na definição das leis penais, o que pode resultar em interpretações amplas e arbitrárias, denotando decisões que não são baseadas em critérios objetivos ou pré-determinados, comprometendo assim os princípios garantistas. Nesse sentido, uma revisão legislativa que promova uma maior precisão nas definições dos tipos penais se mostra crucial para a adequação do sistema jurídico brasileiro aos ideais garantistas propostos por Ferrajoli¹.

As leis antidrogas no Brasil, muitas vezes resultando em prisões por pequeno tráfico, contradizem a abordagem de

Ferrajoli¹, que preconiza uma política menos repressiva para casos dessa natureza. A revisão das políticas de drogas, com enfoque em abordagens mais voltadas para a saúde pública e a redução de danos, apresenta-se como uma medida condizente com os princípios garantistas e capaz de promover uma abordagem mais equilibrada diante das questões relacionadas ao uso de substâncias ilícitas⁵.

A aceitação de provas ilícitas em certos casos no Brasil, como forma de combater o crime organizado, contrasta com a postura rigorosa de Ferrajoli¹ em relação às garantias processuais e à obtenção lícita de evidências. O debate sobre a admissibilidade de provas ilícitas, mesmo em situações excepcionais, é crucial para a construção de um sistema jurídico que, ao enfrentar o crime organizado, preserve integralmente os princípios garantistas, assegurando um equilíbrio entre efetividade e respeito aos direitos fundamentais.

Ferrajoli¹ destaca a importância da publicidade no processo penal, mas no Brasil há momentos em que a limitação da publicidade entra em conflito com a transparência preconizada pelo garantismo. O desafio reside em encontrar mecanismos que, sem comprometer a segurança das investigações, assegurem a publicidade

necessária para o escrutínio público, fortalecendo a confiança na justiça e promovendo os princípios garantistas propostos por Ferrajoli¹.

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA GARANTISTA NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

A aplicação da teoria garantista de Ferrajoli¹ no contexto do sistema jurídico penal brasileiro suscita reflexões profundas acerca da compatibilidade entre os princípios fundamentais do garantismo e a realidade jurídica do país. Ferrajoli¹ propõe uma abordagem que busca assegurar os direitos individuais e limitar o poder punitivo do Estado, proporcionando um arcabouço teórico que se contrapõe a algumas características do sistema penal brasileiro. No entanto, analisar a viabilidade dessa aplicação implica considerar diversos aspectos, desde as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro até os desafios estruturais enfrentados pelo sistema de justiça criminal no país.

A presunção de inocência, pedra angular do garantismo, é um dos princípios que demanda atenção especial no contexto brasileiro. Apesar da consagração desse direito na Constituição Federal⁴, casos de antecipação da pena antes do trânsito em julgado têm gerado controvérsias. Quanto a isso, o Superior

Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43⁹, 44¹⁰ e 54¹¹, firmou entendimento para proibir a execução provisória da pena, nesse sentido:

[...] a prisão, para fins de cumprimento de pena, somente é permitida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, salvo se presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, quando, então, poderá ser decretada a prisão preventiva¹².

A discussão sobre a execução provisória da pena se torna crucial, evidenciando a busca por um equilíbrio que preserve tanto a eficácia do sistema quanto a integridade dos direitos individuais.

Outro ponto de atrito reside na superlotação e nas condições precárias do sistema prisional brasileiro. Ferrajoli¹ preconiza tratamento digno aos detentos, algo que contrasta com a realidade de muitos presídios no país. A reformulação das estruturas carcerárias, portanto, emerge como um desafio essencial para a efetiva aplicação dos princípios garantistas, demandando não apenas mudanças legislativas, mas também investimentos em infraestrutura e políticas públicas voltadas para a ressocialização.

A discussão sobre a prisão preventiva no Brasil também revela tensões entre a teoria de Ferrajoli¹ e a prática jurídica. A frequente utilização dessa medida, muitas vezes sem uma fundamentação sólida, entra em conflito com a restrição

preconizada pelo garantismo, destacando a necessidade de critérios mais rigorosos para a decretação da prisão antes do julgamento. A ponderação entre a garantia da ordem pública e o respeito aos direitos individuais representa um dilema a ser enfrentado na busca por um sistema mais alinhado aos princípios garantistas.

A cooperação premiada, amplamente adotada no Brasil, também figura como ponto de divergência. Ferrajoli¹ questiona métodos que oferecem benefícios em troca de informações, levantando preocupações sobre a validade das provas obtidas. A revisão desses instrumentos legais, à luz dos princípios garantistas, demanda uma análise criteriosa sobre como conciliar a efetividade das investigações com a preservação dos direitos de defesa e a integridade do devido processo legal.

As interceptações telefônicas, prática comum em investigações no Brasil, suscitam debates sobre a proteção da privacidade, um dos pilares da teoria garantista. O desafio reside em encontrar um equilíbrio que permita a utilização desse recurso como ferramenta legítima de investigação, sem comprometer o direito fundamental à privacidade. A revisão dos procedimentos legais que autorizam essas práticas torna-se, assim, imperativa para assegurar que estejam em conformidade com os princípios

garantistas, preservando, ao mesmo tempo, a eficácia das investigações.

A demora do sistema judicial brasileiro é outro aspecto a ser considerado na aplicação da teoria garantista. Ferrajoli¹ destaca a importância da celeridade nos processos como garantia fundamental. A necessidade de reformas estruturais no âmbito judiciário brasileiro torna-se evidente, visando não apenas a uma maior rapidez nos julgamentos, mas também à preservação dos princípios garantistas que fundamentam o sistema proposto por Ferrajoli¹.

A clareza e precisão na legislação, preconizadas por Ferrajoli¹, encontram desafios na tipificação vaga de alguns crimes no ordenamento jurídico brasileiro. A falta de especificidade em algumas leis pode resultar em interpretações amplas e arbitrárias, comprometendo os princípios garantistas. A revisão legislativa, nesse sentido, torna-se crucial para a adequação do sistema jurídico brasileiro aos ideais garantistas propostos por Ferrajoli¹.

A militarização das forças de segurança no Brasil também representa um ponto de atrito com a teoria garantista. Ferrajoli¹ advoga pela desmilitarização como forma de reduzir abusos de poder, enquanto a resistência a essa proposta no contexto brasileiro reflete um conflito de paradigmas sobre a função e o poder da

força policial⁸. A revisão dos protocolos de atuação das forças de segurança, alinhando-os aos princípios garantistas, é uma etapa fundamental para assegurar que a atuação policial esteja em conformidade com os direitos individuais e os ideais propostos pela teoria garantista.

A perspectiva do "Direito Penal do Inimigo" no Brasil, muitas vezes refletida em discursos e práticas mais punitivas, entra em conflito com a abordagem garantista. O embate entre essas perspectivas aponta para a necessidade de um debate amplo sobre a orientação do sistema penal brasileiro, buscando alinhar-se aos princípios garantistas e afastando-se de abordagens que possam comprometer os direitos individuais.

A desigualdade no acesso à justiça no Brasil, determinada por questões sociais e econômicas, representa um desafio para a efetivação das garantias individuais preconizadas por Ferrajoli¹. A busca por mecanismos que promovam uma maior equidade no acesso à justiça torna-se imperativa para assegurar que os princípios garantistas se apliquem de maneira efetiva a toda a sociedade, independentemente de suas condições socioeconômicas¹³.

A flexibilização de garantias em situações de combate ao crime organizado no Brasil destoa da rigidez proposta por Ferrajoli¹. O embate entre a

necessidade de enfrentar organizações criminosas e a preservação das garantias individuais evidencia um dilema ético e prático. A revisão das estratégias de combate ao crime organizado, considerando alternativas que não comprometam os princípios garantistas, é um desafio a ser enfrentado pelo sistema jurídico brasileiro.

O papel do Ministério Público e sua atuação na acusação também são aspectos a serem considerados na análise da aplicação do garantismo no Brasil. Ferrajoli¹ destaca a importância do equilíbrio entre acusação e defesa para assegurar um processo justo. A necessidade de garantir a imparcialidade na condução das acusações, evitando excessos que possam comprometer a presunção de inocência, demanda uma reflexão sobre o papel e os limites do Ministério Público no contexto brasileiro, de acordo com Carvalho¹⁴:

Garantisticamente, a inocência se presume e a culpa se comprova objetivamente, o que é um ônus do Estado-acusador. Em linha oposta à do civil, não há, no direito processual penal, ônus quanto à matéria não contestada ou silenciada. Já no século XVII, Hobbes havia constatado, em seu *Leviatã*, que, ao fundar um Estado, cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não ao de defender a si mesmo. Ainda, que cada um se obriga a ajudar o soberano da punição de outrem, mas não na sua própria.

O sistema de justiça restaurativa, alinhado aos princípios garantistas, apresenta-se como uma alternativa ao

modelo punitivo tradicional. A promoção da reparação dos danos causados, a ressocialização do infrator e a construção de uma abordagem mais humanizada no processo penal são elementos que convergem com os ideais garantistas¹⁵. A expansão de práticas restaurativas no Brasil pode representar um passo importante na busca por um sistema mais alinhado aos princípios propostos por Ferrajoli¹.

A formação jurídica e a conscientização dos operadores do direito sobre os princípios do garantismo são aspectos fundamentais para a aplicação efetiva dessa teoria no Brasil. A promoção de uma cultura jurídica que valorize os direitos fundamentais, a justiça restaurativa e a busca por alternativas ao encarceramento excessivo são passos essenciais para alinhar o sistema jurídico brasileiro aos ideais garantistas propostos por Ferrajoli¹.

A aplicação da teoria garantista de Ferrajoli¹ no sistema jurídico penal brasileiro demanda uma análise profunda e abrangente de diversos aspectos. A presunção de inocência, as condições carcerárias, a utilização de instrumentos como a prisão preventiva e a cooperação premiada, a morosidade do sistema judicial, a clareza legislativa, a militarização das forças de segurança, a perspectiva do "Direito Penal do Inimigo",

a desigualdade no acesso à justiça, o papel do Ministério Público, a justiça restaurativa, a transparência no processo penal, a participação popular e a formação jurídica são elementos interconectados que exigem atenção para a construção de um sistema verdadeiramente garantista no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exame minucioso das garantias penais e processuais revela não apenas os fundamentos conceituais, mas também a importância prática desses elementos na promoção de um sistema penal mais justo e equitativo. Ferrajoli, ao propor um modelo que abraça a legalidade estrita e a estrita jurisdicionalidade, coloca um desafio significativo diante do cenário jurídico brasileiro, exigindo uma reflexão profunda sobre como esses princípios podem ser efetivamente incorporados.

No entanto, a aplicação da teoria garantista no sistema jurídico penal brasileiro não ocorre sem conflitos. A análise das divergências entre a teoria proposta por Ferrajoli e a realidade jurídica nacional evidencia que a implementação plena desses princípios não é uma tarefa trivial. Questões como a prisão preventiva, a militarização das forças de segurança e a desigualdade no acesso à justiça destacam-se como pontos críticos que demandam uma

atenção especial para conciliar os ideais garantistas com a eficácia das práticas jurídicas no Brasil.

Ao explorar as semelhanças entre a teoria garantista e o sistema jurídico penal brasileiro, é possível identificar pontos de convergência que podem ser fortalecidos para uma aplicação mais efetiva. A presunção de inocência, a revisão dos protocolos de atuação das forças de segurança e a promoção de políticas públicas voltadas para a ressocialização surgem como áreas-chave para a construção de uma ponte entre a teoria garantista e a prática jurídica brasileira.

A possibilidade de aplicação da teoria garantista no sistema jurídico penal brasileiro, como ponto central deste trabalho, destaca a complexidade e os desafios inerentes a essa aplicação. A necessidade de reformulações estruturais, revisão legislativa e uma mudança cultural são aspectos que não podem ser subestimados. A concretização da teoria garantista no contexto brasileiro exige um compromisso coletivo e uma abordagem abrangente que transcenda as barreiras históricas e culturais existentes.

A conclusão deste artigo reforça a importância de uma abordagem cautelosa e estratégica na busca pela aplicação da teoria garantista no sistema jurídico penal brasileiro. A epistemologia proposta por

Ferrajoli oferece um guia teórico valioso, mas sua implementação requer uma análise contundente das particularidades do contexto nacional, visando à harmonização dos princípios garantistas com as demandas práticas da justiça penal. Em última instância, a construção de um sistema mais justo e equitativo é um desafio que demanda não apenas a compreensão teórica, mas também a ação efetiva de todos os atores envolvidos no cenário jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

1. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.
2. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. Página 93.
3. BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso novembro de 2023.
4. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em maio de 2023.
5. BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
6. BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em janeiro de 2024.
7. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em maio de 2023.
8. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
9. STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 43**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356250297&ext=.pdf>. Acesso em janeiro de 2024.
10. STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 44**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949163&ext=.pdf>. Acesso em janeiro de 2024.
11. STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 54**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949506&ext=.pdf>. Acesso em janeiro de 2024.
12. **ACÓRDÃO 1269675**, 00147318820178070016, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Terceira Turma Criminal, data de julgamento: 6/8/2020, publicado no DJE: 17/8/2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detalhes/execucao-penal/execucao->

provisoria-da-pena-2013-pendencia-de-julgamento-de-recurso-2013-irrelevancia. Acesso em janeiro de 2024.

13. NASCIMENTO. **A Teoria Do Garantismo Penal**. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18331/18331_3.PDF. Acesso em março de 2023.
14. CARVALHO, Salo de. **As razões da teoria garantista**. Pena e

garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2001.

15. PINHO, Ana Cláudia Bastos; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **O dresscode do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/opinioao-dress-code-garantismo-penal-luigi-ferrajoli>. Acesso em março de 2023.