

Sobre a crise da legalidade penal e das ciências penalísticas

02/12/2024

Uma justiça penal sem verdade e sem igualdade

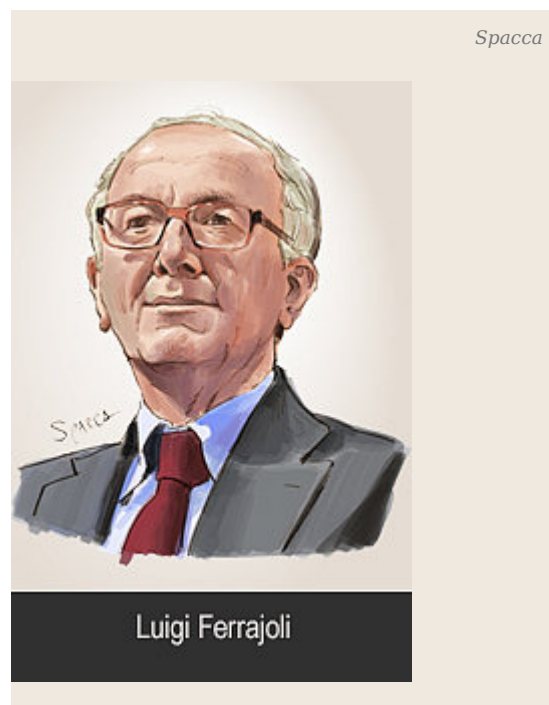
Quero fazer uma reflexão de fundo sobre o estado do nosso direito penal e processual, assim como sobre nossos estudos penalísticos e processualísticos. Não sou penalista. Por isso, meu ponto de vista será externo ao nosso sistema penal e terá por objeto duas graves involuções: a crise da legalidade penal e o crescimento da desigualdade perante a lei.

A primeira involução consiste no colapso da legalidade penal e, conseqüentemente, da verdade processual. Trata-se de uma crise gerada pela inflação legislativa, no plano quantitativo, e pela disfunção da linguagem legal, no plano qualitativo. Estima-se que, em nosso ordenamento, existam 35 mil tipos penais e milhares de leis penais, a ponto da Corte Constitucional ter sido constrangida, na célebre decisão n.º 364 de 1988, a admitir a escusabilidade por ignorância da lei quando esta, como frequentemente ocorre, for inevitável.

A violação da linguagem penal manifesta-se, por sua vez, em uma anti-linguagem burocrática, presente, sobretudo, nos decretos legislativos, elaborados nos gabinetes administrativos, e geralmente compostos por artigos e parágrafos longos, com palavras obscuras e ambíguas e, principalmente, com inúmeras remissões a artigos e parágrafos de outras leis, criando labirintos normativos indissolúveis e incompreensíveis.

É evidente que esse colapso da legalidade penal equivale ao fracasso dos próprios pressupostos da verdade processual e, com isso, da legitimação política do Poder Judiciário: equivale ao colapso da verificabilidade e falsificabilidade em abstrato, ou seja, dos pressupostos da verdade jurídica, bem como da verificação e falsificação em concreto, ou seja, dos fundamentos da verdade factual. O resultado desse caos é o crescimento do arbítrio judicial e a perda da legitimação da jurisdição.

A segunda involução refere-se à crescente desigualdade dos cidadãos perante a lei penal. Há mais de 30 anos, vem-se desenvolvendo um direito penal da desigualdade: um direito penal mínimo e brando para os poderosos, destinado a garantir sua impunidade; e um direito penal máximo e inflexível para os pobres, acompanhado, por vezes, de uma ostentação de desumanidade, com o objetivo de obter consenso.



Recordemos as inúmeras leis em benefício de Silvio Berlusconi, um verdadeiro *corpus iuris ad personam*, que o governo atual, aliás, complementou com diversas normas promulgadas ou prometidas: a Lei nº 199 de 30/12/2022, que excluiu do regime de prisão rígida previsto pelo artigo 4-*bis* apenas os condenados por peculato, concussão e corrupção; a abolição do crime de abuso de autoridade; a limitação das interceptações; e os recorrentes esforços para limitar a independência dos juízes e, sobretudo, do Ministério Público.

Simultaneamente, deu-se vida a um direito penal desigual e desumano, informado pela lógica do inimigo, invariavelmente identificado com os sujeitos mais vulneráveis: em primeiro lugar, os migrantes, que personificam os inimigos ideais, apontados pela demagogia populista e racista como pessoas inferiores e/ou perigosas; em segundo lugar, os detentos, grande parte dos quais submetidos a dois regimes de prisão rígida, ambos, a meu ver, ilegítimos; e, em terceiro lugar, os indivíduos perigosos ou suspeitos, punidos não pelo que fizeram, mas pelo que são — migrantes, mendigos, prostitutas, dependentes químicos, pessoas em situação de rua — por meio de um crescente arsenal de medidas pessoais de prevenção.

Crise da legalidade e ciência penalística italiana

Como a cultura penalística e processualística respondeu à primeira dessas duas involuções, ou seja, à destruição da legalidade? Tenho a impressão de que, diante do “direito penal que muda”, como sugere o título de uma coleção de estudos penalísticos, e do “direito penal em transformação”, como aponta o título de uma conhecida monografia, grande parte da cultura penalística — obviamente com algumas louváveis exceções — em vez de criticar esse desvio e propor as garantias necessárias para impedi-lo, adaptou-se a ela, e por vezes, abandonou os princípios, promovendo uma espécie de regressão ao direito penal pré-iluminista.

A resposta à crise de uma cultura garantista deveria ter consistido na proposta de uma refundação da legalidade penal. Assim como, há quatro séculos, Thomas Hobbes, diante da incerteza e do arbítrio do direito premoderno, provocados pela jurisprudência caótica e desordenada dos juízes, opôs a autoridade da lei, isto é, a reserva de lei em matéria penal, hoje, diante da total incerteza e arbítrio provocados por uma legislação ainda mais caótica e desordenada, o único remédio é a refundação e o fortalecimento da legalidade.

Esse reforço, a meu ver, só pode ocorrer por meio da transformação da reserva de lei em uma reserva de código, estabelecida em nível constitucional — todas as normas e, temas de crimes, processos e penas devem estar nos códigos; nenhuma fora deles — vinculando o legislador à sistematicidade, coerência e capacidade de conhecimento do direito penal.

Somente assim é possível restaurar a sujeição dos juízes à lei e o caráter cognitivo do juízo, baseado justamente no accertamento da verdade processual. Obviamente, essa verdade não é uma verdade absoluta ou objetiva, já que apenas as teses da lógica e da matemática podem sê-lo. Trata-se, antes, de uma verdade relativa.

Precisamente, trata-se de uma verdade *opinável em direito*, dada a discricionariedade interpretativa que sempre acompanha o accertamento da verdade jurídica, e *probabilística em fato*, já que a verdade factual não pode ser demonstrada, mas apenas sustentada por uma

pluralidade de confirmações e, portanto, exige, como um frágil, mas necessário substituto de uma impossível certeza objetiva, ao menos, a certeza subjetiva, ou seja, o livre convencimento do juiz.

A nossa cultura jurídica, no entanto, aceitou o caos normativo em que se transformou nosso direito penal como se fosse um fenômeno natural. Assim, renunciou, tanto à crítica de seu distanciamento dos princípios, quanto ao planejamento de garantias adequadas para tornar possível um grau aceitável de sujeição dos juízes à lei e um grau plausível de verdade processual. Respondeu a ambas as crises — a da verdade jurídica e a da verdade factual — com uma regressão epistemológica ao direito pré-moderno.

No plano da *verdade jurídica* e do *direito penal substancial*, abandonou-se a concepção cognoscitivista da jurisdição, substituída por uma concepção criacionista. O princípio *auctoritas non veritas facit legem* — que, se a lei é clara e inequívoca, tem como corolário o princípio *veritas non auctoritas facit iudicium* — foi transformado, graças também às teses cada vez mais difundidas da conexão objetiva entre direito e moral, nos princípios opostos: *veritas facit legem* e *auctoritas facit iudicium*, ou seja, na ideia de que é a autoridade do juiz que cria o direito, ontologicamente fundado em sua justiça pelo menos tolerável.

Por trás dessa operação está a ideia arcaica e ilusória de uma verdade empírica objetiva, como aquela expressa na imagem do juiz “boca da lei”. Karl Popper distingue entre “verificacionistas iludidos” e “verificacionistas desiludidos”: os primeiros acreditam na possibilidade de alcançar uma verdade empírica objetiva ou absoluta; os segundos, diante da impossibilidade de alcançar essa verdade, acabam por cair no irracionalismo e no ceticismo, ou seja, na ideia de que nenhuma tese empírica é verdadeiramente sustentável.

A mesma distinção pode ser aplicada à verdade processual: os verificacionistas ou iluministas iludidos são aqueles que, tendo, como os iluministas iludidos, uma ideia da verdade processual como verdade absoluta ou objetiva e reconhecendo que tal verdade não é alcançável, caem no criacionismo, ou seja, na concepção da interpretação como a criação de um novo direito. A “interpretação criativa” é uma contradição em termos: onde há interpretação não há criação, onde há criação não há interpretação.

Por outro lado, na esfera da *verdade factual* e do *direito processual penal*, vem-se consolidando, entre alguns estudiosos, uma estranha epistemologia baseada em *standards probatórios*. *Standard probatório* é, em minha opinião, uma noção inconsistente: quer se entenda tais padrões como *padrões objetivos*, ou seja, retirados da livre apreciação do juiz, ou como *padrões em abstrato*, ou seja, independentes da singularidade do caso.

Em todos os casos, são padrões dotados de um *valor probatório vinculante*, cuja adoção equivale a uma regressão ao sistema de provas legais. Por mais insensata e até então minoritária, essa orientação corre o risco de ser hoje creditada à atração exercida pela aplicação da inteligência artificial à jurisdição, que, por trás da ideia de maior objetividade, imparcialidade e igualdade, ou seja, de uma justiça exata ao invés de uma justiça justa, está inevitavelmente destinada a produzir a homologação de decisões, o rebaixamento das garantias da prova e a estabilização das conotações desiguais e classistas da justiça derivadas dos

precedentes judiciais.

Acrescente-se a isso a quebra do processo penal provocada pelas verdades alegadas nos chamados ritos alternativos. Esses ritos equivalem, na realidade, à negação da prova, substituída por uma troca desigual e inquisitorial entre a confissão e a redução da pena, em que a acusação tem a vantagem e, enquanto os poderosos, graças às suas defesas caras, só aceitam a pena negociada se forem culpados, os pobres são forçados a aceitá-la, embora inocentes, como um mal menor, em comparação com a pena maior que sofreriam na ausência de um advogado de defesa, durante a instrução e o julgamento.

De acordo com a bela reportagem de hoje de Malena Pastor, nos Estados Unidos, 98% das condenações resultam de acordos judiciais e apenas 2% resultam de julgamentos. Em Buenos Aires, a porcentagem de condenações resultantes de acordos judiciais é de 83%. Na Itália, graças à obrigatoriedade da ação penal, que não permite a negociação de acusações – e, não surpreendentemente, contestada pelos defensores dos privilégios – essa porcentagem é de apenas 30%.

Direito penal da desigualdade e ciência penalística italiana. Sobre o papel da cultura jurídica

Não menos grave é a involução desigual do nosso sistema punitivo, que se manifesta na legislação contra os migrantes, no aumento desumano das condições carcerárias e no desenvolvimento de um direito penal preventivo, que penaliza não o que se fez, mas o que se é. Essas involuções são acompanhadas pela adoção de um novo método legislativo: o desenvolvimento, a partir de uma lei-base, de uma série ininterrupta de normas — geralmente decretos-lei — que, gradualmente, tem agravado e tornado mais arbitrárias e desumanas as restrições aos direitos dos migrantes, as condições de vida das pessoas privadas de liberdade e os abusos na adoção de medidas preventivas.

No âmbito da imigração, a lei-base foi a lei Turco-Napolitano de 1998, que introduziu uma primeira e limitada “detenção administrativa” dos migrantes, posteriormente agravada pela lei Bossi-Fini de 2002 e atribuída à competência de juízes de paz, em vez de magistrados profissionais, por um decreto-lei de 2004.

Seguiram-se a Lei nº 94 de 2009, que introduziu o crime de entrada clandestina, conferindo ao imigrante irregular o status de “pessoa ilegal”; o Decreto-Lei Minniti de 2017, que ampliou as hipóteses de detenção administrativa e reduziu, ainda mais, as garantias no âmbito do asilo; os Decretos-Lei Salvini, que estenderam a duração da detenção administrativa para 18 meses, suprimiram a permissão de residência por motivos humanitários e ordenaram o fechamento de portos às embarcações de ONGs que resgatam migrantes naufragados no mar; e, finalmente, os Decretos Meloni-Piantedosi de 2023, destinados a impedir ou dificultar os resgates no mar.

No âmbito carcerário, o desenvolvimento de um direito punitivo desumano foi confiado ao agravamento progressivo de dois regimes de prisão rígida: o previsto no artigo 4-bis da Lei Penitenciária de 1991, reiteradamente endurecido, conhecido como “ostativo” (hostil) porque impede a concessão de permissões e benefícios de pena sem a “colaboração com a justiça”; e o

regime previsto no artigo 41-bis, introduzido como medida de gestão prisional pela Lei Gozzini de 1986, mas transformado, por meio de uma longa série de leis e decretos-lei subsequentes, em uma “pena dentro da pena”, inacreditavelmente ordenada pelo ministro da Justiça, em flagrante violação à separação dos poderes e aos artigos 13 e 25 da Constituição.

O direito penal da desigualdade — como o direito penal não do fato, conforme exige o artigo 25 da Constituição, mas do autor — finalmente triunfou com o desenvolvimento de medidas preventivas: um conjunto de medidas chamadas administrativas (como a “detenção administrativa” de migrantes), para ocultar seu conflito com os princípios básicos do Direito Penal, como a legalidade e a retributividade.

Essas medidas incluem a vigilância especial, o afastamento obrigatório e o confinamento, aplicados a pessoas consideradas “perigosas” ou “suspeitas”, sem maiores especificações: os “ociosos, vagabundos, mendigos e outras pessoas suspeitas”, de acordo com a lei piemontesa de 1839, que os introduziu pela primeira vez; “as classes perigosas da sociedade”, de acordo com a Lei de Consolidação Zanardelli de 1889; os “inaptos para o trabalho sem meios de subsistência” e as pessoas “suspeitas” ou “perigosas para a ordem pública”, ou aquelas que realizam atividades contra os poderes do Estado, ou seja, antifascistas, de acordo com o texto de segurança pública Rocco de 1931; novamente, os “ociosos, vagabundos, aqueles envolvidos em tráfico ilícito” e aqueles que “habitualmente realizam atividades contrárias à moral pública e aos bons costumes”, de acordo com a lei republicana de dezembro de 1956, ampliada repetidamente nos anos seguintes, legitimada com a inclusão, entre seus destinatários, daqueles suspeitos de atividades mafiosas, e reformulada com a emissão, em 2011, de um verdadeiro código de medidas de prevenção.

A doutrina jurídica ignorou ou, quando muito, ocupou-se apenas marginalmente desse direito penal da desigualdade, que é, em sua maior parte, contrário à letra ou, pelo menos, ao espírito da Constituição. O debate público, por outro lado, voltou a sua atenção, exclusivamente, aos processos contra os poderosos, para os quais o respeito às garantias é legitimamente reivindicado. Todavia, considero um insulto à razão chamar de “garantismo” este garantismo da desigualdade e do privilégio, que ignora os horrores da prisão rigorosa, a vergonha das leis contra os migrantes e a incivilidade das medidas de prevenção.

E considero uma abdicação científica e cívica da razão a teorização do papel criativo da jurisdição e, por outro lado, a renúncia à crítica das violações dos princípios de igualdade, legalidade e retributividade, que formam a alma do garantismo e do constitucionalismo penal.

Concluo, portanto, levantando uma questão fundamental, que diz respeito ao papel e ao estatuto da ciência penalística: se ela deve apenas interpretar o direito vigente, ou, também, criticar sua ilegitimidade jurídica ou política por violação dos princípios teóricos — em grande parte constitucionalizados — do garantismo penal e processual.

Se ela deve ser um saber puramente técnico, ou deve também se questionar sobre os fundamentos de legitimação da justiça penal, com o auxílio da filosofia política, e sobre as razões da distância entre princípios e práticas punitivas, com o auxílio da sociologia do direito. A reflexão sobre os fundamentos foi a base da penalística inaugurada na Itália por Cesare

Beccaria e continuada por Gaetano Filangieri, Mario Pagano, Gian Domenico Romagnosi e Francesco Carrara.

No entanto, no início do século passado, houve uma guinada, promovida pelo método técnico-jurídico de Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, que defendia a autonomia da ciência penal em relação à filosofia e à sociologia. Mais tarde, nas décadas de 1970 e 1980, redescobriu-se a Constituição, e o garantismo foi retomado como um projeto civilizatório de refundação democrática da justiça penal.

Hoje, tenho a impressão de que se está reafirmando o antigo método técnico-jurídico. A questão que devemos voltar a debater é aquela que sempre dividiu a cultura penalística: se esta deve consistir na mera descrição técnica do direito penal vigente, ou se, a essa descrição, deve acrescentar-se, graças à clara separação entre justiça e direito gerada pelo positivismo jurídico, aquilo que chamarei de “espaço Beccaria” da teoria do garantismo, ou seja, a elaboração de princípios racionais de legitimação do direito penal como guias à crítica do direito existente e à projeção do direito futuro.

**tradução de Ana Cláudia Pinho, doutora em Direito. Professora da UFPA (Universidade Federal do Pará). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Garantismo em Movimento”. Promotora de Justiça do MP-PA.*

***texto correspondente à intervenção de Luigi Ferrajoli em uma mesa redonda sobre Justiça Penal, no congresso internacional La verità nel processo penale (Roma-Bologna, 18 a 22 de janeiro de 2024).*

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-dez-02/sobre-a-crise-da-legalidade-penal-e-das-ciencias-penalisticas/>