

GARANTISMO E DIREITO PENAL*

LUIGI FERRAJOLI

Um roteiro definitivo e explicativo do que é o garantismo como corrente jusfilosófica introduz o leitor na explicitação de um modelo teórico desenvolvido sobretudo em Itália nos últimos decénios sobre a justiça penal assente na minimização da violência de intervenção punitiva do Estado condicionada aos limites rígidos da tutela dos direitos das pessoas. Na estrutura do roteiro o autor apresenta três teses: existe umnexo indissolúvel entre garantias e a justificação externa ou política do Direito Penal, ou seja, os seus objectivos justificantes; existe umnexo, igualmente indissolúvel, entre garantias e legitimação, quer interna, quer externa, da jurisdição penal; o garantismo representa a base de uma teoria crítica e, ao mesmo tempo, de uma filosofia política, do Direito Penal, ambas aptas a ser generalizadas como teoria crítica e filosofia política do Estado Constitucional de Direito.

1. GARANTISMO E DIREITO PENAL MÍNIMO

No léxico jurídico e político italiano entrou, desde há cerca de trinta anos, uma palavra relativamente nova — “*garantismo*” — pela qual se entende um modelo de Direito que tem por finalidade a *garantia* dos direitos subjectivos.

Consoante os tipos de direitos em favor dos quais são concebidas as “garantias”, ou seja, os mecanismos idóneos para assegurar a sua efectiva *tutela* ou *realização*, podem distinguir-se vários tipos ou significados de garantismo. Falaremos, portanto, de *garantismo proprietário* para designar o sistema de garantias destinadas à tutela do direito de propriedade e dos outros direitos patrimoniais; de *garantismo liberal*, e especificamente *penal*, para designar os mecanismos dirigidos à defesa dos direitos de liberdade, antes de todos o da liberdade pessoal, contra intervenções arbitrárias de carácter policial ou judicial; de *garantismo social* para designar o conjunto das garantias, até hoje ainda escassas e imperfeitas, dirigidas à realização dos direitos sociais, como os direitos à saúde, à educação, ao trabalho e outros direitos semelhantes; de *garantismo civil* para designar os limites impostos aos poderes económicos do mercado, para tutela dos direitos dos trabalhadores, dos consumidores e, por outro lado, para protecção do ambiente e da própria concorrência; por fim, de *garantismo internacional* para designar o conjunto das

* Tradução de Pedro Vaz Patto.

garantias, infelizmente quase completamente inexistentes, para tutela da paz e dos direitos fundamentais consagrados nas muitas Cartas, Declarações, Pactos e Convenções de Direito Internacional. Em todos estes significados, o “garantismo” configura-se como a outra face do constitucionalismo, tal como as garantias são a outra face dos direitos dos quais pretendem assegurar o grau máximo de efectividade. Todos os direitos fundamentais, na verdade, exigem leis de actuação, isto é, a introdução de garantias eficazes, de funções adequadas e de instituições de garantia, na ausência das quais estão condenados a permanecer não efectivos.

A acepção prevalente de “garantismo” é, todavia, na linguagem corrente, a de “garantismo penal”. É, na verdade, no campo do Direito Penal que o garantismo se desenvolveu, em Itália, como teoria e como prática jurídica, inicialmente em oposição aos resíduos deixados pela legislação fascista, e depois às numerosas leis excepcionais e de emergência que ulteriormente reduziram, em contraste com os princípios constitucionais, o já débil sistema das garantias contra o arbítrio punitivo. Neste sentido, o garantismo liga-se à tradição clássica do pensamento penal liberal. E exprime a exigência, característica do Iluminismo jurídico, de *minimização* daquele “terrível poder”, como lhe chamou Montesquieu, que é o poder punitivo, através da sua rígida sujeição à Lei: mais precisamente, diremos hoje, através da sujeição do poder penal judicial à Lei penal e através da sujeição do poder penal legislativo às normas constitucionais.

Esta exigência vem sendo, por isso, identificada com o projecto ou programa daquilo a que chamei “*Direito Penal mínimo*”. “Garantismo” e “Direito Penal mínimo” são, na verdade, termos sinónimos, designando ambos um modelo teórico e normativo de Direito Penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva — na previsão legal dos crimes, como no seu apuramento no âmbito judiciário — condicionando-a a limites rígidos para tutela dos direitos da pessoa. No que diz respeito ao *crime*, estes limites não são senão as *garantias penais substanciais*: do princípio da estrita legalidade ou taxatividade dos factos puníveis aos princípios da sua danosidade, materialidade e carácter culposo. No que diz respeito ao *processo*, eles correspondem às *garantias processuais e de ordenamento*: o contraditório, a paridade entre acusação e defesa, a rígida separação entre o juiz e a acusação, a presunção de inocência, o ónus de prova que recai sobre a acusação, a oralidade e a publicidade do julgamento, a independência interna e externa da magistratura e o princípio do juiz natural. Portanto, enquanto as garantias penais têm por finalidade a minimização dos crimes, ou seja, a máxima redução daquilo que ao poder legislativo é permitido punir, as garantias processuais têm por finalidade a minimização do poder judiciário, ou seja, a máxima redução das suas margens de arbítrio.

As teses que vou aqui sustentar, de maneira necessariamente sumária, são três. A primeira tese é a de que existe umnexo indissolúvel entre garantias e a justificação externa ou política do Direito Penal, ou seja, os seus objectivos justificantes. A segunda é a de que existe umnexo, igualmente indis-

solúvel, entre garantias e legitimação, quer interna, quer externa, da jurisdição penal. A terceira é a de que o garantismo representa a base de uma teoria crítica e, ao mesmo tempo, de uma filosofia política, do Direito Penal, ambas aptas a ser generalizadas como teoria crítica e filosofia política do Estado Constitucional de Direito. Vou, pois, proceder, na segunda parte desta comunicação, a uma análise da crise hodierna, que se verifica em Itália como noutros países ocidentais, do conjunto das garantias penais e processuais e, mais genericamente, da racionalidade penalista, assim como de algumas das respostas que a teoria do garantismo pode dar a essa crise.

2. GARANTISMO E JUSTIFICAÇÃO EXTERNA DO DIREITO PENAL

Vou começar pela primeira tese, a do nexó entre as garantias e a justificação externa ou política do Direito Penal. Como várias vezes defendi, a única justificação racional que pode ser atribuída ao Direito Penal, em alternativa às hipóteses abolicionistas da sua total superação, é a de que ele serve para reduzir, ou seja, para minimizar, a quantidade e a qualidade da violência na sociedade: não apenas, como se afirma habitualmente, a violência dos crimes, mas também a violência das reacções aos crimes — das vinganças privadas às reacções informais e arbitrárias dos aparelhos públicos — que ocorreriam na ausência do próprio Direito Penal.

Sob este aspecto, as doutrinas abolicionistas têm, sem dúvida, um mérito: o mérito, de carácter heurístico e epistemológico, de fazer reverter sobre o artificio que é o Direito positivo o ónus da sua própria justificação. O Direito Penal, podemos dizer, justifica-se se, e apenas se, para além de prevenir os crimes — o que poderia ser realizado de modo igualmente eficaz pelos sistemas policiais desregulados e pela justiça privada selvagem — conseguir reduzir também a violência das reacções aos crimes; se, e só se, consequentemente, conseguir ser um instrumento de defesa e garantia de todos: da maioria não desviante mas também das minorias desviante; se, em suma, for capaz de realizar, enquanto *Direito Penal mínimo*, um duplice objectivo: não apenas a prevenção e a minimização dos crimes, mas também a prevenção das reacções informais aos crimes e a minimização das penas.

E' claro que um paradigma como este se contrapõe não apenas às tradicionais doutrinas retributivas da pena — à Kant ou à Hegel —, que são o fruto de uma concepção supersticiosa e vindicativa da relação entre crime e pena, mas também às tradicionais doutrinas utilitaristas da prevenção ou defesa social, quer da prevenção geral, quer da prevenção especial, as quais assumem sempre como ponto de vista e parâmetro apenas a utilidade da maioria não desviante. Contra este utilitarismo mitigado, o paradigma do Direito Penal mínimo assume como justificação do Direito Penal o seu papel de *lei do mais fraco* em alternativa à *lei do mais forte* que vigoraria na sua ausência: não, portanto, genericamente, a defesa social, mas a *defesa do mais fraco*, que no momento do crime é o ofendido, no

momento do processo é o arguido e no momento da execução penal é o condenado.

Daqui deriva o nexos que liga modelo de justificação do Direito Penal mínimo — enquanto justificação que opera apenas *a posteriori*, isto é, em relação à capacidade efectiva do Direito de assim minimizar não apenas a violência dos crimes, mas também a das penas - e o garantismo. Este nexos fundamenta-se sobretudo no segundo objectivo atribuído pelo paradigma garantista ao Direito Penal, em acréscimo ao objectivo tradicional da prevenção dos crimes: precisamente, no objectivo da minimização da violência punitiva, que faz das garantias as fontes de justificação do Direito Penal. Na verdade, todas as garantias penais — desde as substanciais, como os princípios da taxatividade, materialidade e danosidade dos crimes e o princípio da culpa, às processuais, como a presunção de inocência e o contraditório — não são senão os mecanismos destinados à maior redução possível da violência e do poder punitivo: isto é, a reduzir o mais possível a esfera dos crimes, os arbítrios dos juizes e a afluência das penas.

Daqui deriva, para além disto, uma segunda e não menos importante consequência. Todas as doutrinas de justificação da pena, desde as absolutas ou retributivas às relativas ou utilitaristas, têm em comum uma mesma falácia. Elas oferecem uma justificação *a priori*, não deste ou daquele concreto Direito Penal ou deste ou daquele seu instituto particular, mas do Direito Penal ou da pena enquanto tais, quaisquer que eles sejam. Daqui o seu carácter ideológico. Na verdade, elas confundem os critérios ou parâmetros de justificação por elas propostos — por exemplo, a prevenção dos crimes ou a reeducação dos condenados — com as próprias justificações, tornando-se assim irrefutáveis perante tudo aquilo que possa acontecer de facto: também perante a não prevenção, de facto, dos crimes, ou a ulterior deseducação dos condenados que possa resultar do cumprimento da pena.

O paradigma de justificação proporcionado pelo garantismo serve, pelo contrário, para fundar apenas justificações *a posteriori*: um determinado Direito Penal justifica-se apenas se, e na medida em que, forem satisfeitas as garantias que o compõem e que o diferenciam dos sistemas de controlo não penal. Esta justificação do Direito Penal, ou seja a resposta positiva à clássica pergunta «se e porquê punir», torna-se, assim, dependente da existência e da efectividade do conjunto das garantias — penais e processuais — que, por seu turno, equivalem a outras tantas respostas a outras perguntas mais específicas: quando e como proibir; quando e como punir; quando e como julgar. É uma justificação apenas eventual e sectorial — deste ou daquele Direito Penal, do Direito Penal italiano ou português, mas não do Direito Penal nazi, desta ou daquela norma ou instituto — que depende da satisfação dos critérios de justificação ditados pelo modelo e que não são senão os que são estipulados como garantias. Com a consequência de que o paradigma vale não apenas como fonte de justificação e legitimação, mas também como fonte de deslegitimação — e, portanto, de crítica, como direi no último ponto desta comunicação — do Direito Penal existente ou dos

seus diversos componentes, assim como do poder judicial a quem cabe a sua aplicação.

3. GARANTISMO E LEGITIMAÇÃO

Chego assim à minha segunda tese: a do nexo entre garantias e legitimação, quer interna ou jurídica, quer externa e política, do poder judicial.

A pergunta a que devemos responder é a seguinte: qual é o fundamento democrático da legitimação do poder punitivo, ou seja, da jurisdição penal? Segundo o senso comum, para além do pensamento político dominante, “democracia” equivale a primado da vontade popular e, portanto, da maioria. É claro que o Direito Penal é o terreno sobre o qual da maneira mais emblemática se manifestam os limites desta acepção puramente “política” da democracia. Se o significado de “democracia” equivalêsse a “vontade da maioria”, daí resultaria, na verdade, excluída qualquer possibilidade de fundamentar uma axiologia democrática e garantista do Direito Penal. Um Direito Penal neste sentido “democrático” orientar-se-ia inevitavelmente para formas de Direito Penal máximo, ou seja, repressivo ao máximo, privado de limites e de garantias. Por dois motivos. Antes de mais, porque o ponto de vista da maioria induz a conceber o Direito Penal essencialmente como um instrumento de defesa social — isto é, de prevenção dos crimes, e, portanto, precisamente, de defesa dos interesses da maioria não desviante — contra os atentados à segurança perpetrados pela minoria dos desviantes; e é claro que o parâmetro da máxima utilidade possível dos não desviantes não só não oferece critérios para limitar ou minimizar a aflicção da pena, mas oferece, pelo contrário, critérios para a maximizar. A ideia da defesa social, dizia há um século Francesco Carrara, tem como destino inevitável o terrorismo penal. Em segundo lugar, porque o desvio solicita sempre a mobilização da maioria, que se assume a si mesma como “não desviante”, contra a minoria dos desviantes, por ela considerados como “diferentes” e fontes de perigos obscuros. Se depois da publicação do livrinho de Beccaria *Dei delitti e delle pene* tivesse sido realizado um referendo sobre as ideias nele contidas, estas teriam colhido apenas a aprovação de próprio Beccaria e de algumas dezenas de seus amigos.

Tudo isto quer dizer que entre democracia política e garantismo penal, entre segurança e liberdade, entre defesa social e direitos do arguido e, depois, do condenado e do recluso, existe, de facto, uma antinomia; que a legitimação do poder judicial, por outras palavras, não é “democrática”, se por “democracia” se entender apenas a vontade do povo e, portanto, da maioria.

Há todavia um segundo sentido, ou melhor, uma segunda dimensão da “democracia” — não antitética, mas complementar da dimensão da “democracia política” — que permite entender os fundamentos nesse sentido democráticos e, ao mesmo tempo, os limites do Direito Penal e da pena. Trata-se da dimensão que leva a conotar a democracia como “democracia constitucional” ou “de Direito”, e que diz respeito não a *quem* está habilitado para decidir (a

maioria, precisamente), mas o *que* não é lícito que nenhuma maioria decida, nem sequer por unanimidade: uma dimensão em relação à qual, de novo, o Direito Penal representa, e assim foi historicamente, o terreno emblemático de reflexão e de elaboração, precisamente o da construção do Estado Constitucional de Direito.

Esta esfera do que não pode ser objecto de decisão — “o que” não é lícito decidir (ou não decidir) — não é senão aquilo que nas Constituições democráticas se convencionou subtrair à vontade da maioria. E o que é que as Constituições, estes contratos sociais sob forma escrita que são os pactos constitucionais, estabelecem como limites e vínculos para a maioria, pré-condições da convivência civil e, ao mesmo tempo, as próprias razões do pacto de convivência? Essencialmente duas coisas: a igualdade dos cidadãos — sejam eles desviantes ou não deviantes — e a garantia dos seus direitos fundamentais, os primeiros dos quais são a vida e a liberdade pessoal, que não podem ser sacrificados a qualquer vontade da maioria, a qualquer interesse geral, a qualquer bem comum ou público. Portanto, aquilo que está estipulado no pacto constitucional é a garantia dos direitos de todos, o que são, precisamente, pelo seu universalismo, os direitos fundamentais. Daqui deriva o carácter “democrático” das garantias — já não por referência à maioria, segundo o modelo da democracia política, mas como tutela do indivíduo, onde “cada indivíduo” significa “todos” — e, ao mesmo tempo, a dimensão “substancial” que elas inserem na democracia política ou formal: precisamente porque têm a ver já não com o “quem” ou o “como” das decisões, ou seja com a sua fonte e a sua forma, mas antes com “o que” das próprias decisões, ou seja, com o seu conteúdo ou significado.

As garantias, na medida em que estão incorporadas nas Constituições, configuram-se, conseqüentemente, não apenas como as fontes de justificação externa ou política da existência do Direito Penal, mas também como as fontes de legitimação tanto externa como interna, tanto jurídica como política, de cada uma das decisões penais. O fundamento da legitimidade substancial da jurisdição não é, na verdade, a aprovação da maioria, mas a verdade das próprias decisões, a qual é assegurada, por um lado, pelas garantias penais, antes de todas a da estrita legalidade, ou seja, a taxatividade e materialidade e, portanto, verificabilidade e falsificabilidade do hipotético crime, e, por outro lado, pelas garantias processuais do ónus da prova a recair sobre a acusação e do contraditório, ou seja, do direito à falsificação conferido à defesa. Não se pode condenar ou absolver um cidadão pelo facto de a condenação ou absolvição corresponderem aos interesses ou à vontade da maioria. Nenhuma maioria, por muito esmagadora que seja, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou a absolvição de um culpado.

Daí derivam também o carácter não consensual nem representativo da legitimação dos órgãos que exercem a jurisdição penal e o princípio da sua independência em relação a qualquer poder representativo da maioria. Precisamente porque a legitimação do julgamento penal reside na garantia do imparcial apuramento da verdade; precisamente porque os direitos funda-

mentais e as suas garantias, de acordo com uma feliz expressão de Ronald Dworkin, são direitos e garantias “contra a maioria”, também o poder judicial destinado à sua tutela deve ser um poder virtualmente “contra a maioria”. Por isto, o facto de os magistrados serem eleitos ou a dependência do Ministério Público em relação ao Executivo estão em contradição com a fonte de legitimação política da jurisdição. O sentido da frase de Brecht «há-de haver um juiz em Berlim» é o de que há-de haver um juiz capaz de absolver ou condenar um arguido contra a vontade de todos quando faltarem ou existirem as provas da sua culpabilidade.

4. GARANTISMO COMO FILOSOFIA POLITICA E COMO TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Portanto, as garantias podem configurar-se como fontes de justificação externa e de legitimação interna e, também, sempre que faltem ou não sejam efectivas, como critérios de deslegitimação tanto externa, como interna.

Precisa-se deste modo o sentido da terceira tese que inicialmente propus à discussão. O garantismo é uma doutrina filosófico-política de justificação do Direito Penal e, simultaneamente, uma teoria jurídico-normativa das garantias penais e processuais: por um lado, uma filosofia utilitarista sobre os objectivos e os fundamentos do Direito Penal, por outro lado, uma teoria do Direito Penal mínimo em grande medida recalcada sobre os princípios de justiça e de garantia que nos ordenamentos democráticos são habitualmente formulados nas suas Constituições.

Como *filosofia política*, o garantismo é uma doutrina normativa sobre o dever ser do Direito Penal *de um ponto de vista axiológico externo*. Daqui deriva a sua dimensão projectual, para além da dimensão normativa. A doutrina filosófica do garantismo elabora, na verdade — à luz dos dois objectivos justificantes da minimização quer dos crimes, quer das penas, por ela atribuídos ao Direito Penal — o modelo normativo do Direito Penal enquanto lei do mais fraco, ou seja, enquanto sistema de garantias para tutela dos direitos de todos: daqueles sobre os quais, como vítimas, recaem os crimes, como daqueles sobre os quais, como arguidos e condenados, recaem os processos e as penas. Mas serve também para fornecer os critérios de crítica e de deslegitimação externa dos perfis de injustiça do Direito Penal em concreto, ou de cada uma das suas normas ou institutos, na medida em que sejam contrários, ou também apenas inadequados, em relação a tais objectivos justificantes.

Como *teoria jurídica*, o garantismo é, por seu turno, uma teoria empírica, e também normativa, sobre o dever ser do Direito Penal *do ponto de vista jurídico interno* dos princípios de justiça incorporados nas Constituições dos ordenamentos democráticos. Neste sentido, confunde-se, em grande medida (como a outra face, já o disse acima) com o constitucionalismo, ou seja, com aquela extraordinária inovação do Direito moderno que consiste na projectualização do Direito por parte do próprio Direito. E configura-se, de novo, quer

como teoria projectual, destinada a preencher ou integrar as eventuais lacunas das garantias exigidas pelos direitos constitucionalmente estabelecidos, mas de facto ausentes no plano legislativo, quer como teoria crítica, destinada a identificar os perfis de invalidade e de incoerência, em relação ao modelo constitucional, da legislação vigente e da prática judiciária.

Para além disso, como disse no início, uma tal concepção do garantismo presta-se a ser alargada, enquanto paradigma da filosofia jurídica e da teoria geral do Direito, a todo o campo dos direitos da pessoa. Todos os *direitos fundamentais* podem, na verdade, ser concebidos como *leis do mais fraco*: como mecanismos de tutela dos bens primários de todos, em cuja base, apenas, se justifica aquele artifício que é o Direito positivo. Por “garantismo” deve, pois, entender-se, portanto, nesta acepção alargada, um modelo de Direito que estende o paradigma clássico do Estado liberal em mais direcções: por um lado, a todos os poderes, não apenas ao poder judicial, mas também aos poderes legislativo e de governo, e não apenas aos poderes públicos, mas também aos poderes privados; por outro lado, a todos os direitos fundamentais, não apenas aos direitos de liberdade, mas também aos direitos sociais, com as consequentes obrigações, para além das proibições, a recair sobre a esfera pública.

5. QUESTÃO CRIMINAL E QUESTÃO PENAL, HOJE

Se examinarmos agora o nosso Direito Penal, verificaremos que ele está bem longe do modelo axiológico e garantista do Direito Penal mínimo. E é assim hoje mais do que nunca, depois do eclodir, nos últimos decénios, de dois fenómenos convergentes: a mutação da questão criminal e a mutação da questão penal.

Mudou, antes de tudo, a questão criminal. Na verdade, eclodiu uma criminalidade nova, da qual provêm as ofensas mais graves aos direitos fundamentais e à convivência civil: a *criminalidade do poder*, na dúplici forma dos *poderes criminosos*, ou seja, da criminalidade organizada da *mafia* e da *camorra*, e dos *crimes do poder*, desde os crimes contra a humanidade às tentativas golpistas, até à grande corrupção mais ou menos organizada. Trata-se de uma criminalidade relativamente nova, que é talvez o sinal mais perverso da crise profunda por que tem passados nestes anos, por exemplo em Itália, o sistema político. Num duplo sentido: antes de mais, no sentido em que esta nova criminalidade é, ela própria, pelo menos no que diz respeito aos crimes dos titulares de poderes públicos, o produto de uma degeneração da política; e no sentido ulterior da incapacidade do sistema político de a enfrentar com os meios da política, de modo que só o Direito e a jurisdição penal por ela se interessaram, com o efeito inevitável de uma enfatização do papel político de ambos.

Mas mudou, simultaneamente, a questão penal. Se cresceu a criminalidade do poder, em Itália efectivamente não cresceu, diminui pelo contrá-

rio — pelo menos no que diz respeito aos crimes mais graves, como os crimes contra as pessoas (homicídios, ofensas à integridade física, violências sexuais) — a criminalidade tradicional. E todavia, apesar da reforma penitenciária de 1975 e da Lei Gozzini de 1986, cresceu enormemente, em relação aos anos setenta e oitenta, a população prisional, formada predominantemente por pessoas débeis e marginalizadas — sobretudo toxicodependentes e imigrantes — condenados por factos de microcriminalidade. Por fim, aumentou simultaneamente, devido à inflação da legislação penal, o número dos processos, que chega a atingir o de milhões todos os anos, e se traduzem, porém, numa enorme produção burocrática de absolvições, arquivamentos, suspensões de processos e de penas, ou outros mecanismos semelhantes: isto é, um nada de facto.

Assistimos deste modo — certamente em Itália, mas nalguma medida também em muitos outros países — à convivência de três Direitos Penais: o dos grandes processos relativos à *mafia*, à corrupção e, em geral, à criminalidade do poder, em relação aos quais, indubitavelmente é máxima a eficácia dissuasora do Direito Penal; a do Direito Penal a que poderei chamar “burocrático”, que se traduz num trabalho tão inútil — e até danoso — como ineficiente e dispendioso, e que corresponde ao “grosso da coluna” da justiça penal; e, por fim, o da repressão efectiva da delinquência de rua, que se revela predominantemente na reclusão carcerária, também para crimes não graves, de pessoas débeis e marginalizadas.

A prisão — para além da espectacularidade dos grandes processos, muitos dos quais destinados à prescrição, e, por outro lado, a enorme quantidade de pessoas afectadas pela justiça penal — é, em suma, e cada vez mais, um instrumento de controlo e de repressão social reservado às pessoas marginalizadas. Toxicodependentes, imigrantes e jovens subproletários são, em quantidade crescente, os seus principais (para não dizer os únicos) destinatários, devido ao aumento do desemprego e da pobreza, à crise simultânea do Estado social e das suas prestações assistenciais e, por outro lado, às crescentes pulsões repressivas que animam a opinião pública, mobilizando-a contra as pessoas débeis e diferentes. Contra estes, a justiça penal é extraordinariamente rápida e eficiente, embora de todo privada de eficácia dissuasora. Também porque o clima de perene emergência em que vivemos desde há mais de vinte anos legitimou nestes anos a queda de todas as garantias, antes de mais as da defesa, e conduziu à aceitação, sobretudo em relação à criminalidade de rua, de práticas sumárias e expeditas.

Daqui resultou uma enorme desproporção entre o conjunto de sofrimentos provocado pela prisão e a escassa capacidade de prevenção do Direito Penal e, por outro lado, entre a gravidade das ofensas provocadas pela criminalidade do poder e a enorme e inútil massa de processos gerados pela inflação legislativa. Daqui deriva a necessidade de um repensar de todo o Direito Penal: do sistema dos crimes como do sistema das penas. A superação das crises de efectividade e de legitimação do sistema penal depende, na verdade, da resposta racional que soubermos dar a duas perguntas clássicas: *o que*

punir e como punir. Duas questões que dizem respeito aos dois objectivos que acima identifiquei como os dois objectivos justificantes do Direito Penal — as ofensas que devem ser prevenidas e as reacções às ofensas que devem ser minimizadas — e que impõem hoje uma dúplice estratégia reformista: uma drástica *despenalização* dos crimes e um drástico *desencarceramento*, isto é, a limitação da prisão apenas às ofensas mais graves e intoleráveis aos direitos e aos bens fundamentais.

6. O QUÊ E COMO PUNIR: DESPENALIZAÇÃO E DESENCARCERAMENTO. UMA PROPOSTA: A RESERVA DE CÓDIGO

Começarei pela primeira questão — *o que punir* — e pelo tema da despenalização. Sobre ela, limitar-me-ei a duas observações. A primeira diz respeito aonexo entre Direito Penal mínimo e eficiência, entre garantismo e função de defesa social do Direito Penal. É claro que o Direito Penal pode desempenhar a sua função de defesa social com tanto maior eficiência e com tanto maior respeito das garantias, quanto mais a sua intervenção se limitar apenas às ofensas mais graves à convivência civil das liberdades de todos.

A segunda observação diz respeito ao nexo entre Direito Penal mínimo e credibilidade do Direito Penal. A incerteza jurídica, a incognoscibilidade e a irracionalidade do Direito Penal geradas pela inflação legislativa, de facto, ofuscaram as fronteiras entre esfera do ilícito penal e esfera do ilícito administrativo, e até do lícito, transformando o Direito Penal numa fonte obscura e imprevisível de perigos para qualquer cidadão, retirando-lhe a sua função simbólica de intervenção extrema contra as ofensas mais graves e oferecendo, por isso, o melhor terreno de cultura para a corrupção e o arbítrio.

Uma séria despenalização deveria, por isso, ainda antes de apontar à redução da tutela penal apenas aos bens que consideramos fundamentais, apontar à redução da esfera dos bens que podemos permitir-nos considerar fundamentais, apenas aos bens cujas ofensas consideramos, realisticamente, que podem ser julgadas decentemente pelo sistema judicial, ainda que reforçado nos meios e nas estruturas. Nesta perspectiva, deveriam ser despenalizados, para além dos inúmeros crimes bagatelares, todos os crimes contravencionais e todos os crimes punidos com penas pecuniárias, excepto se se considerar que — pela sua gravidade: pensemos nas infracções em matéria de segurança no trabalho ou de tutela do ambiente — devem ser punidos mais seriamente como crimes de perigo. Sei que tudo isto exigiria uma bem mais ampla argumentação. O que é certo é que, pelo menos em Itália, deveria ser re-escrito, de acordo com os princípios constitucionais, todo o elenco dos bens penalmente protegidos que recebemos do Código fascista e que foi enormemente alargada pelo legislador republicano.

Vou dedicar uma reflexão mais longa à segunda das nossas questões — *como punir* — e ao tema com ela conexo do desencarceramento. Penso

que os tempos estão hoje maduros para pôr fim à centralidade da prisão como pena primária do sistema penal. A prisão — já o sabemos — foi uma invenção moderna: uma grande conquista, almejada pelo Iluminismo humanitário, em alternativa à pena capital, aos suplícios, às penas corporais, ao pelourinho e aos outros horrores do Direito Penal pré-moderno. Com ela a pena tornou-se incruenta e passou a configurar-se como pena igual, legalmente pré-determinata, mensurável e calculável: privação de um tempo abstracto de liberdade, exactamente quantificável e graduável pela legislação e, depois, pelo juiz, em relação à gravidade — em abstracto e em concreto — dos crimes punidos. Mas o grau de civilização de um país, advertia Montesquieu, mede-se e progride com a moderação das penas. E, portanto, talvez seja possível dar hoje, a dois séculos de distância, um novo salto civilizacional: destronar a reclusão carcerária do seu papel de pena principal e se não aboli-la, pelo menos reduzir drasticamente a sua duração e prevê-la como pena excepcional, limitada às ofensas mais graves a direitos fundamentais (como a vida, a integridade pessoal e semelhantes), pois só estes justificam a privação da liberdade pessoal, que é, também ela, um direito fundamental constitucionalmente garantido.

É necessário reconhecer, por outro lado, que a prisão foi sempre, contrariamente ao seu modelo teórico e normativo, muito mais do que uma “privação de um tempo abstracto de liberdade”. Inevitavelmente, ela conservou múltiplos elementos de *aflição corporal*, que se revelam nas péssimas condições de vida e de tratamento e que diferem das antigas penas corporais apenas porque não se concentram no tempo, mas se dilatam por toda a duração da pena. Para além disso, à aflição corporal a pena carcerária acrescenta a *aflição psicológica*: a solidão, a sujeição disciplinar, a perda de socialidade e de afectividade e, portanto, de identidade. Na verdade, em suma, a reclusão tem um conteúdo punitivo que vai muito para além da privação da liberdade pessoal e que se manifesta em aflições quer físicas, quer psíquicas, que lhe retiram as características abstractas da igualdade, da tipicidade, da legalidade e da jurisdicionalidade. “O grande princípio que deve regular a aplicação desta espécie de pena é o de que a Lei deve determinar a duração e o objecto da pena”, escrevia Gaetano Filangieri há dois séculos; e acrescentava: “no presente estado das coisas ordinariamente é o juiz quem fixa a primeira e um guarda prisional a segunda”. É óbvio que, passados mais de dois séculos, a condição das prisões melhorou; mas não mudou, e até se agravou, a atipicidade e a imprevisibilidade dos conteúdos da reclusão. Estes conteúdos variam profundamente segundo o tipo de reclusos, a discricionariedade das autoridades carcerárias e, sobretudo, as condições de vida nos diferentes estabelecimentos prisionais; e conferem, portanto, à pena de prisão, em contraste com a proclamada certeza e igualdade, um carácter substancialmente *arbitrário* e *desigual*. Isto sem contar com a diferenciação da pena introduzida, em Itália como noutros países, ao abrigo da sua transformação em “tratamento” individualizado e personalizado na base das “observações científicas da personalidade” do recluso e das suas “carências físico-psíquicas” — segundo a linguagem oitocentista e paleo-positivista

da reforma penitenciária italiana de 1975 — destinado a corrigir o recluso, a transformá-lo e a readaptá-lo, forçando a sua liberdade interior.

A prisão é, portanto, de facto, uma instituição ao mesmo tempo não liberal, desigual, atípica, pelo menos em parte extra-legal e extra-judicial, lesiva da dignidade da pessoa, penosa e inutilmente aflitiva. Exigências elementares de certeza e de justiça tornam, por isso, necessária uma drástica redução, através, por uma lado, do encurtamento da sua duração e, por outro lado, da restrição das suas hipóteses de aplicação e a sua substituição, nos outros casos, por uma mais ampla panóplia de penas, também elas limitativas das liberdades mas não segregadoras.

A redução quantitativa da duração das penas de prisão significa, antes de tudo, a abolição da prisão perpétua e, em segundo lugar, uma drástica redução do limite máximo da reclusão: para um limite que não deveria superar os quinze ou, no máximo, os vinte anos. Em Itália, a manutenção da prisão perpétua e, implicitamente, do limite de trinta anos da reclusão, foi justificada, até pelo Tribunal Constitucional (nas sentenças n. 264 de 1974 e n. 274 de 1983), com o argumento de que, de facto, graças aos benefícios previstos pela reforma penitenciária de 1975 e, depois, pela Lei Gozzini de 1986, a duração máxima dessas penas, tendo em conta as reduções concretamente aplicadas, pode ser de 20 e até de 15 anos: a pena perpétua — foi dito, substancialmente — é legítima porque é, de facto, não perpétua. Por seu turno, e por outro lado, a introdução de benefícios foi sempre justificada, também por quem não partilha as suas finalidades correcionais, com o facto de que uma pessoa, à distância de decénios da condenação, é, de qualquer modo, diferente daquela que foi condenada: por outras palavras, como um remédio para a duração excessiva das penas.

Devemos, então, questionar-nos sobre se não será oportuno romper este círculo vicioso; se, em vez de defender este remédio para o defeito da excessiva duração das penas — de facto acrescido com formas de flexibilização da pena que se seguiram à Lei Gozzini, perante a duplicação da população prisional nos últimos trinta anos —, não será oportuno eliminar esse defeito, com todos os custos que ele acarreta: a incerteza da pena; a sua desigualdade; a ruptura da correspondência entre a pena prevista na Lei, a pena resultante da condenação e a pena efectivamente cumprida, que é, no fundo, a substância do princípio de legalidade das penas; o arbítrio extra-legal e extra-jurisdicional de que acaba por depender a medida concreta da pena; por fim, a limitação da liberdade interior do recluso que viola o primeiro princípio do liberalismo: o direito de cada um de ser e de permanecer ele próprio e, portanto, a proibição de o Estado se intrometer na personalidade psíquica do cidadão e de o transformar moralmente através de medidas premiaias ou punitivas, aplicadas segundo aquilo que ele é, e não segundo aquilo que ele faz.

O segundo objectivo de uma política de desencarceramento é o da limitação da prisão apenas aos crimes mais graves, e a previsão para os outros crimes, antes de mais os crimes patrimoniais, de uma mais ampla panóplia de

penas: limitativas da liberdade ou de outros direitos, mas que não impliquem a segregação, isto é, a privação integral da liberdade pessoal que entrega corpo e alma a uma instituição total e é, portanto, um misto de pena corporal e de pena disciplinar.

Os tipos de penas privativas que podem ser concebidas em alternativa à prisão são numerosos e variados: como muitas medidas actualmente previstas em Itália como “alternativas”, desde o regime de vigilância especial à semi-detenção e ao regime de prova, que deveriam estar previstas na Lei como penas principais e ser aplicadas pelo juiz da condenação, em vez de ser aplicadas discricionariamente na fase da execução da pena; ou a obrigação de permanência na habitação, ou a obrigação de não se ausentar de determinada localidade, ou a proibição de permanência em determinada localidade; ou medidas como o confisco dos instrumentos do crime, como, por exemplo, o veículo nos crimes rodoviários: ou, por fim, as penas de interdição, as quais também deveriam transformar-se em penas principais, como restrições ou privações de determinadas capacidades de que o condenado especificamente abusou: como a cassação da carta de condução, a revogação de licenças comerciais ou de habilitações profissionais, a interdição de cargos públicos e semelhantes.

Despenalização e desencarceramento implicam evidentemente uma política reformista, orientada pelos objectivos de minimização e de racionalização do Direito Penal como condições, ao mesmo tempo, de eficiência e de garantismo. E todavia, parece-me, esses objectivos não bastam para superar a crise por que passa hoje o Direito Penal e que tem origem, sobretudo, na crise do princípio da legalidade penal. Por isso, quero concluir apresentando uma última proposta, na qual insisti várias vezes e que decidi repetir, até me tornar fastidioso, de cada vez que tiver ocasião de falar ou de escrever sobre o Direito Penal: a refundação da legalidade penal através da introdução na Constituição de uma *reserva reforçada de Código* contra as intervenções de excepção e de ocasião do legislador ordinário.

As reformas dos Códigos estão, na verdade, destinadas a falhar, como um inútil trabalho de Sísifo, se não forem acompanhadas por esta nova e específica garantia: uma meta-garantia, por assim dizer, destinada a colocar as próprias garantias penais e processuais ao abrigo da legislação de emergência e, simultaneamente, a pôr um travão à inflação penal, que produziu uma substancial descodificação do Direito Penal, fazendo com que ele regredisse à idade pré-moderna, quando a acumulação das fontes, a indeterminação das leis, a incerteza das competências e o predomínio das práticas geraram, na cultura iluminista, a exigência do *Código* enquanto sistema claro, unitário e coerente de proibições e punições para tutela das liberdades dos cidadãos contra o arbítrio dos juízes. Em Itália, os milhares de leis penais especiais provocaram aquela declaração de bancarrota do Direito Penal que foi a sentença do Tribunal Constitucional n. 364 de 1988, a qual afastou, pelo seu irrealismo, o clássico princípio penal da não desculpabilidade da *ignorantia legis*. Mas isto não significa que aquela exigência de clareza e simplificação sentida

há dois séculos se tenha tornado menos urgente do que então. E ela só pode tornar-se efectiva com a reserva de Código, em substituição da genérica reserva de Lei, pois a incerteza do Direito é gerada já não apenas por “aquela *juris prudentia* ou sagesa dos juízes desordenados” de que falou Thomas Hobbes, mas pela própria legislação, não menos inflacionada, incoerente e “desordenada”.

Todas as normas relativas a crimes, penas e processos deveriam estar contidas, na base desta reserva de Código, no Código Penal ou no Código de Processo Penal, de modo a que nenhuma devesse ser introduzida sem a modificação desses Códigos, para a qual seria necessária a aprovação por meio de processos legislativos qualificados. Trata-se de uma medida indispensável para voltar a dar credibilidade ao Direito Penal e restituir-lhe a sua natureza de *extrema ratio*. Por muito complexa e volumosa que fosse, uma nova codificação enformada pelo princípio “todo o Penal nos Códigos, nada fora dos Códigos” sê-lo-ia incomparavelmente menos do que a actual acumulação de leis especiais; quanto mais não seja porque a proibição de legislação penal especial obrigaria o legislador a considerar de cada vez a unidade e a coerência do conjunto. De resto, o Direito Penal, uma vez que incide sobre a liberdade dos cidadãos, tem uma relevância quase-constitucional, e não é tolerável que seja deixado quotidianamente exposto aos humores contingentes das maiorias de governo e à ocorrência constante de novas emergências.