

D | L

DIREITO E LINGUAGEM

www.direitoelinguagem.com

Número 01 | 2024
Volume 01 | Ordinário

ISSN
3020-898X



Número 01	Agosto, 2024
Volumen 01	Ordinario

ISSN
3020-898X



@Direito e Linguagem, nº 01, vol. 01, Ordinário 01, 2024

EQUIPO EDITORIAL DEL VOLUMEN ORDINÁRIO

Editores jefe y directores de la Revista:

Paulo César Busato, Universidad Pablo de Olavide, Espanha.

Sarah Gonçalves Ribeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.

Equipo editorial y Evaluador de la Revista

Pós-Doutor **Rubén Miranda Gonçalves** - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España; Pós-Doutora **Caty Vidales Rodriguez** - Universitat de Valencia, España; Doutor **Alfonso Galán Muñoz**, Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Pós-Doutor **Américo Bede Freire Júnior** - Uiversidad Las Palmas Gran Canária, Espanha; Doutor **Luiz Osório Moraes Panza** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Pós-Doutora **Priscilla Placha Sá** - Centro Universitário de Brasília, Brasil; Doutor **José Luis González Cussac** - Universidad de Valencia, Espanha; Pós-Doutor **Wagner Menezes** - Università de Pádova, Itália; Doutor **Rodrigo Ferreira Leite Cabral** - Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Pós-Doutor **Fábio André Guaragni** - Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália; Pós-Doutora **Renata Ceschin Melfi de Macedo** - Unisinos, Brasil; Doutor **Arlen Souza**, Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, Brasil; Doutor **Cleide Calgaro** - Universidade de Caxias do Sul, Brasil; Doutor **Deilton Ribeiro Brasil** - Universidade de Itaúna-MG (UIT), Brazil; **Doutor Enrique Acosta Pumarejo** - Universidad Internacional de La Rioja; Doutor **Jacson Luiz Zilio** - Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Doutor **Jorge Eduardo Braz de Amorim**, Universidad de Oviedo, España; Doutor **José Julio Fernández Rodríguez**, Universidad de Santiago de Compostela, España; Doutora **Karla González Zambrano**, Universidad Internacional de La Rioja, España; Doutora **Leticia Mirelli Faleiro e Silva**, Universidade de Santiago de Compostela; Doutora **Manuel Palomares Herrera**, Universidad Internacional de

La Rioja, España; Doutor **Márcio Soares Bercláz** - Universidade Federal do Paraná; Doutor. **Pablo Fernández García-Armero**, Universidade de A Coruña, Spain; Doutor **Paulo de Brito** - Universidade Lusófona, Portugal; Doutora **Priscila Luciene Santos de Lima**, Universidade Presbiteriana Mackenzie; Doutora **Vânia Siciliano Aieta**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Sérgio Valladão Ferraz** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Bruno Augusto Vigo Milanez** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Décio Franco David** - Universidade Estadual do Norte do Paraná (UNIVEL), Brasil; Doutor **Salo de Carvalho** - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Alaor Carlos Lopes Leite**, Ludwig-Maximilians Universität, Munich, Alemanha; Doutor **Marco Aurélio Nunes da Silveira** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Antonio José Teixeira Martins** - Universidade de Frankfurt (Goethe-Universität), Alemanha; Doutor **Gustavo Senna Miranda** - Universidade de Direito de Vitória, Brasil; Doutor **Fábio da Silva Bozza** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Sebastian Borges de Albuquerque Mello** - Universidade Federal da Bahia, Brasil; Pós-Doutor **Maurício Stegemann Dieter** - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Bruno Cortez Torres Castelo Branco** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Israel Domingos Jorio** - Faculdade de Direito de Vitória, Brasil; Doutor **Rodrigo Régner Chemim Guimarães** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutora **Allana Campos Marques Schrappe** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Vitor Stegemann Dieter** - University of Kent, Inglaterra; Doutora **Cláudia Roberta de Araújo Sampaio** - Universitat de Barcelona, Espanha; Pós-Doutor **Leandro Ayres França** - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil; Pós-Doutor **Júlio César Faria Zini** - Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil; Doutor **Davi de Paiva Costa Tangerino** - Universidade de São Paulo, Brasil; Doutora **Elena Nuñez Castaño** - Universidad de Sevilla, Espanha; Pós-Doutor **Patrick Lemos Cacicedo**, Universidade de São Paulo, Brasil; Pós-Doutor **Rodrigo Duque Estrada Roig** - Universidade de Bolonha, Itália.

@ **Direito e Linguagem**, Ordinário nº 01, vol. 01, pp. 05-56, 2024
·ISSN - 3020-898X ·DOI: 10.5281/zenodo.12520810

A critique of Ferrajoli's *Garantismo*: limitations and possibilities *Uma crítica al Garantismo de Ferrajoli: límites y posibilidades*

Américo Bedê Freire Júnior^{1 2}
Faculdade de Direito de Vitória

Summary: 1. Introduction; 2. *Garantismo* and truth. Approximate factual truth and legal opinion truth. International human rights treaties and the right to truth *versus* Ferrajoli's positivism (*auctoritas non veritas facit legem*); 3. Limitations and possibilities of Ferrajoli's *Garantismo*. Reasons why *Garantismo* should encompass the protection of victims' rights and the role of the criminal process in a Democratic State. Duty of good faith, Procedural loyalty and guarantees; 4. *Garantismo* as a relevant way of implementing human rights, but not the only one. Fragilities as a means of defending democracy; 5. Conclusion: still and always *Garantismo*; 6. References.

Abstract: *Garantismo* works to establish limits and links to public and private powers (*poteri selvaggi*, in Ferrajoli's own language), based on the postulates of legality, deontic completeness, jurisdictionality and actionnability. There are several misinterpretations regarding the scope of the term *Garantismo*. This article discusses two crucial questions: what does the expression truth mean for *Garantismo*? Does the word *Garantismo* only means the fundamental rights of defendants in criminal proceedings, or does it also encompass the rights of crime victims and the society? The idea of truth in the process is always probabilistic in factual terms and opinion based in legal terms, but truth is a condition of legitimacy of any judicial decision. The claim of logical universality of *Garantismo* requires the protection of victims. Violations of rights must provoke state action and primary and secondary guarantees must function as a form of effective protection. *Garantismo* must mean the protection of the rights of both defendants and victims. The theory of *Garantismo* is not the solution to all the dilemmas of the human condition, but, heir of the enlightenment, it seeks to establish an axiomatic theory able to regulate any legal system. Finally, this article recognizes the limitation of *Garantismo* in the struggle to protect democracy.

Keywords: *Garantismo*; truth and process; crime victims.

¹Ph.D. and Master in Law (Faculdade de Direito de Vitória). Law professor (Faculdade de Direito de Vitória). Judge *in* Espírito Santo, Brazil (Federal Court system).

²Translation and proofreading by Gabriel Campos.

Resumen: El Garantismo trabaja para establecer límites y vínculos con los poderes públicos y privados (*poteri selvaggi*, en el propio lenguaje de Ferrajoli), a partir de los postulados de legalidad, completitud deóntica, jurisdiccionalidad y accionabilidad. Existen varias interpretaciones erróneas respecto al alcance del término Garantismo. Este artículo aborda dos cuestiones cruciales: ¿qué significa la expresión verdad para el garantismo? ¿La palabra Garantismo sólo significa los derechos fundamentales de los imputados en procesos penales, o abarca también los derechos de las víctimas de delitos y de la sociedad? La idea de verdad en el proceso es siempre probabilística en términos fácticos y de opinión basada en términos jurídicos, pero la verdad es una condición de legitimidad de cualquier decisión judicial. La pretensión de universalidad lógica del garantismo exige la protección de las víctimas. Las violaciones de derechos deben provocar la acción estatal y las garantías primarias y secundarias deben funcionar como una forma de protección efectiva. Garantismo debe significar la protección de los derechos tanto de los acusados como de las víctimas. La teoría del garantismo no es la solución a todos los dilemas de la condición humana, pero, heredera de la Ilustración, pretende establecer una teoría axiomática capaz de regular cualquier ordenamiento jurídico. Finalmente, este artículo reconoce la limitación del garantismo en la lucha por proteger la democracia.

Palabras-clave: Garantismo; verdad y proceso; víctimas del crimen.

1. INTRODUCTION

The Italian term *Garantismo* is so porous³ that there currently are strong controversies about its scope and meaning, which have significantly changed since its emergence⁴.

Misunderstandings are somehow widespread. In a book recently released in Brazil, Supreme Court judges were classified as ‘guarantists’ or legalists⁵. Now, such a classification can only be made by those who are not familiar with Luigi Ferrajoli’s *Garantismo*, as one of its postulates is precisely that of legality.

³In Bauman's words: “All buzzwords tend to the same fate: the more experiences they try to explain, the more opaque they become. The more numerous the orthodox truths that dislodge and overcome, the faster they become unquestionable canons. The human practices that the concept originally tried to capture fall out of sight and are now the material facts, the quality of the world out there that the term seems to illuminate and that it invokes to claim its own immunity from questioning. Globalization is no exception to the rule”. In: BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 7.

⁴Regarding the origin of the term, see the article by Dario Ippolito, who demonstrates that in France (the close origin of the word *Garantismo* is related to an ideal and revolutionary meaning of a communitarian society) or in Italy (as freedom of the individual in the face of the State), pointing out the author that the main theorist of *Garantismo* is Luigi Ferrajoli.

⁵CARDOSO, M. “Retrato em azul e vermelho: um mapa das tendências jurídicas dos ministros do STF”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-11/mapa-tendencias-juridicas-ministros-supremo>. Acesso em: 20 mai. 2024.

Another serious mistake is to take *Garantismo* and penal abolitionism as synonyms, which they are not⁶. Indeed, although *Garantismo* is essentially based on a desirable minimization of Criminal Law (*Diritto Penale minimo* or *Derecho Penal mínimo*) and respect for both substantial and procedural rights and guarantees, Luigi Ferrajoli has never advocated for the elimination of Criminal Law. On the contrary, Ferrajoli recognizes a sphere of impunity in crimes against humanity as a serious problem that should be solved by International Law⁷. Therefore, trying to distinguish between ‘guarantist’ and punitivist is inaccurate. Punishing offenders after a fair criminal proceeding, with the incidence of all rights and guarantees, is crucial for recognizing a system as ‘guarantist’⁸.

From a theoretical standpoint, under Ferrajoli’s *Garantismo* the punishment of criminal offenders is at the core of the Judiciary’s function as a secondary guarantee⁹. Impunity is completely opposite to the logics of *Garantismo*. Respect for rights must occur primarily through awareness of the duty to comply with the Law, but, whenever there is a violation, secondary guarantees must take place, meaning that the act is duly sanctioned, respecting all guarantees.

⁶Marina Gascón Abellán highlights: ‘The criminal guarantee is therefore linked to a political philosophy that promotes the project of a minimum criminal law, and to this extent it is presented as the only rational justification of criminal law, as an alternative to the abolitionist theses: punitive state intervention (criminal law It will only be justified if it allows, de facto, to reduce violence in society; but not only the violence of the crimes (something that could equally be achieved with deregulated police systems or with private revenge), but also the violence of the reactions to the crimes’. In: ABELLAN, M.G. & FIGEROA, A.G. *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra, 2016, p. 28.

⁷Ferrajoli points out that ‘the main factor behind these atrocities comes from their impunity, which is the other side of the ineffectiveness of human rights and the rule of law in the international order.’ In: FERRAJOLI, L. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, v. 2: teoría de la democracia. Madrid, Trotta, 2011, p. 522.

⁸According to Ferrajoli: ‘Take, for example, private property and the guarantee provided for it by the criminal norm on theft: its primary effectiveness consists in its non-violation, that is, in the fact that it is not the object of theft, in obedience to the norm. (and the primary guarantee) consisting of the prohibition of theft; Its secondary effectiveness consists, however, in the judicial confirmation of its primary ineffectiveness, that is, of theft, and in the consequent application of the sanction provided for by the corresponding secondary norm (and guarantee); Its secondary ineffectiveness ultimately consists in the impunity of the theft, that is, in its lack of verification, and therefore in the violation of its guarantees (and the corresponding regulations), not only primary, but also secondary’. In: FERRAJOLI, L. *Principia iuris: (...)*, Ob. Cit., p. 318.

⁹FERRAJOLI, L. *A construção da democracia: teoria do garantismo constitucional*. Florianópolis: Emais, 2023, p. 170.

Ferrajoli points out three distinct meanings for what could be termed 'guarantist constitutionalism' (*costituzionalismo garantista* or *constitucionalismo garantista*): as a model (or type) of legal system, as a legal theory or as a political philosophy¹⁰. Such classification reinforces the complexity of trying to identify a single legitimate meaning of *Garantismo*, since it is not only limited to its legal aspect, but also encompasses philosophical and political claims.

It is essential to highlight that Ferrajoli's *Garantismo* theory is dynamic and cannot be frozen in time. Such an argument is a consequence of the human rights' logic as inexhaustible and historic rights. The different dimensions of the human rights must be reflected in the theorization of *Garantismo*. The emergence of new rights arising from human relations has repercussions on Ferrajoli's theory.

¹⁰I will distinguish three meanings of positivist or guarantee constitutionalism; as a model or type of legal system, as a theory of law and as a political philosophy. As a model of law, guarantee constitutionalism is characterized, with respect to the paleo-positivist model, by the positivization of the principles to which the entire normative production must be submitted. Thus, it is conceived as a system of limits and links imposed by rigid constitutions on all powers and guaranteed by constitutional jurisdictional control over their exercise: limits imposed to guarantee the principle of equality and the rights of freedom, whose violation by action gives rise to antinomies, that is, to invalid laws that require to be annulled through jurisdictional intervention; of bonds imposed essentially to guarantee social rights, whose non-compliance by omission gives rise to gaps that must be filled by legislative intervention. As a theory of law, positivist or guaranteeist constitutionalism is a theory that admits the existence of current norms - because they are in accordance with the formal norms on their formation - but which, however, are invalid because they are incompatible with the substantial norms on their production. Therefore, the most relevant and interesting topic of the theory is constitutionally illegitimate law: on the one hand, as I have already said, the antinomies caused by the improper production of invalid norms that are in contrast with the constitution and, in particular, with the constitutionally established rights of freedom; On the other hand, the gaps caused by the omission of production of laws implementing constitutional norms and, in particular, (guarantees) of social rights. Finally, as a philosophy and as a political theory, positivist or guaranteeist constitutionalism consists of a theory of democracy developed not as a generic and abstract theory of good democratic government, but, rather, as a substantial, as well as formal, theory of democracy. , empirically anchored in the now enlightened paradigm of Law. From this results a theory of democracy as a legal and political system articulated in four dimensions, corresponding to the guarantees of many other types of constitutionally established rights - political rights, civil rights, the right to freedom and social rights - which Now they are equivalent not to objective values, but, rather, to historically determined conquests, the fruit of several generations of struggles and revolutions, and susceptible to further development and expansion. In guarantee of new rights: such as limits and links to all powers, including private powers; at all regulatory levels, including supranational and international; for the protection of fundamental goods as well as fundamental rights. In these three meanings, constitutionalism is equivalent to a normative project that requires to be carried out through the construction of suitable guarantees and guarantee institutions, through policies and laws of action.' In: FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista in un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 21-23.

In short, *Garantismo* would work to establish limits to both public and private powers (*potteri selvaggi* or *poderes salvajes*, in Ferrajoli's language) based on the postulates of legality, deontic completeness, jurisdictionality and actionability.

Garantismo, for Ferrajoli, would be an ideal and axiomatic theoretical model¹¹, a) based on a deontic square (permission, prohibition and obligation), b) regarded as positivist due to a rigid separation between Law and Morals, c) which allows only few powers at the hands of judges, d) advocates for a need to improve legislative techniques, and e) argues that judges do not balance rules, but rather the factual circumstances that justify or not their application¹².

Ferrajoli takes a stand against iusnaturalism, paleo-iuspositivism and neo-constitutionalism, privileging Hobbes's classic phrase "*auctoritas non veritas facit legem*". It is true that he recognizes a sphere of the undecidable (*sfera dell'indecidibile* or *esfera de lo indecidibile*) as a material limitation to the Legislative branch itself, but Ferrajoli explicitly considers himself a positivist and criticizes both the Radbruch formula¹³ and the claim according to which the Law could be corrected by morality. He is therefore a severe critic of both the normative and the realism fallacy.

Strong criticism has been levelled at *Garantismo*, but the number of books¹⁴ dedicated to discussing Ferrajoli's ideas only reinforces the relevance of

¹¹Ferrajoli states: 'Since this is a limit model, it will be necessary to talk, rather than about guarantee or anti-guarantee systems tout court, about degrees of guarantee; and in addition we will always want to distinguish between the constitutional model and the effective functioning of the system. Thus, we will say, for example, that the degree of guarantee of the Italian penal system is decidedly high if its constitutional principles are taken into account, while it has dropped to very low levels if what is taken into consideration are its effective practices'. In: FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo*. Madrid: Trotta, 1998, p. 852.

¹²FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo principialista y (...) idem*.

¹³The Radbruch formula tends to be synthesized in the idea that the unbearably unfair cannot be considered right. The author silently thought about the horrors of Nazism and constructed this phrase in the hope of serving as a protection against abuse of rights. Alexy is an author who uses the Radbruch formula in his theory.

¹⁴For instance: Un sobre el constitucionalismo. Madrid: Marcial Pons, 2012; GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). Las razones del garantismo: discutiendo com Luigi Ferrajoli. Bogota: Temis, 2008; CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2013; Garantismo, hemenenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. VIANA, Tulio; MACHADO, Felipe Garantismo Penal no Brasil org. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Para Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2021.

his theory, without detriment to any disagreement with Ferrajoli or the existence of other models of guarantism beyond his own¹⁵.

The hermeneutic criticism¹⁶ of *Garantismo* involves what could be considered Ferrajoli's Achilles' heel, because, concerned with establishing an ideal model, his theory provides no answers as to how legal interpretation should work in potential cases of doubt. In fact, as will be explained later, Ferrajoli understands that legal truth is an issue of opinion and therefore legislators should improve the semantic precision of legal texts as a way of solving difficulties of interpretation.

Garantismo theory is formal¹⁷, axiomatic and aims to explain any existing legal systems.

¹⁵ Much has been said recently of a processual 'guarantism' with diverse epistemological premises of Ferrajoli's *Garantismo*.

¹⁶ Rubens Casara highlights: '*Garantismo* epistemology, however, does not give due value to the ontological (and fundamental) difference between the legal text and the legal norm, which is always the product of the interpreter, a creation conditioned both by the unconscious and by pre-understanding, by the tradition and prejudices of being -there (Dasein). The existence of a legal text that aims to guarantee rights is not enough if the legal norm produced by the interpreter withholds them. From the philosophy of language and psychoanalysis, the metaphysical claim to grasp a primeval, universal meaning of the text is no longer supported: each meaning is the product of the interpreter - of each interpreter, conditioned by tradition, but subject to the Other (the unconscious) It is clear, therefore, that the existence of semantic limits, extracted from the legal text, is important and necessary (hence the superiority - and constitutional conformity - of *Garantismo* over the theoretical imitations that seek to legitimize penal efficiency), but it is not sufficient to implement criminal and procedural guarantees, that is, they do not prevent oppression by criminal power. In other words: the theory of *Garantismo* proves to be necessary, but insufficient in societies marked by a strong authoritarian tradition, such as Brazil. The followers of the discourse of *Garantismo*, led by Ferrajoli, by not paying attention to philosophical hermeneutics (from Heidegger, Gadamer to Ricoeur) and psychoanalysis (Freud, Lacan, etc.), reproduce, to a certain extent, the mistake made by Kelsen, Hart and Bobbio, among others, namely: they envision solid limits where there are mere abstract predictions, which means that the implementation of guarantees always depends on the interpreter - on each interpreter. In short: the guarantor system (SG) serves as a reference for building the foundations of a democratic criminal process, it does not avoid, as Ferrajoli recognizes, the decisionism and oppression inherent to the concrete exercise of criminal power. We need to move beyond guarantees. In: CASARA, R. "Eficientismo repressivo vs Garantismo penal: onde fica a constituição?". In: BASTOS, M.L. & AMORIM, P.S.M.C. (org.). *Tributo a Afranio Silva Jardim*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 549.

¹⁷ Understood in this sense, the theory of law is a formal theory: in the sense that it tells us nothing about the normative contents of a given legal system, nor about its validity, nor about its justice, nor about its effectiveness, but is limited to defining concepts and establish the syntactic relationships between them: it does not tell us what they are, or how fair they are, or to what extent the norms of a given order, the obligations or prohibitions or rights established by it, or the system of limits and restrictions imposed by a given constitutional system, but only what is a norm, or an obligation, or a prohibition, or a subjective right or constitutional paradigm. Therefore, there is an asymmetry between this fourth type of discourse about law and all the others. In: FERRAJOLI, L. *A construção da democracia: teoria do garantismo constitucional*. Florianópolis: Emais, 2023, p. 21.

This article sets out to discuss some topics of extreme relevance for human rights: what does the expression ‘truth’ mean for Ferrajoli’s *Garantismo*? Does the term ‘guarantism’ only refers to the fundamental rights of defendants in criminal proceedings or does it also encompass the rights of victims and the society?

The research will delve deeper into these controversial issues, focusing on the strengths and weaknesses of *Garantismo* as a technique for solving concrete problems and not just as an ideal model.

First part is this introduction.

In the second part, the notion of truth for Ferrajoli’s *Garantismo* will be addressed, highlighting the construction according to which the factual truth is always approximate (‘falsifiable’, in Popper’s language) and legal truth is a matter of opinion. In addition to explaining the position of truth in Ferrajoli’s theory, the article will highlight the recognition of truth as a fundamental right in any Democratic State and how the Interamerican Court of Human Rights (ICHR) has pacified the existence of a victim’s right to have access to the truth.

The third part will discuss the position of the victim under *Garantismo*. As the weakest party (*più debole* or *el más débil*) at the time a crime is committed, what does criminal law owe to the victim? In what ways should the criminal process materialize fundamental rights for the victim? This is not a simple matter of punishing the defendant or merely a punitive attitude. We should rather ask what legitimate expectations crime victims, their families (let us remember the *madres of Plaza de Mayo*, in Argentina) and society can demand from the State.

In the fourth part of the article, *Garantismo* as a relevant way of implementing human rights, but not the only one, is thoroughly discussed, as well as Ferrajoli’s theory weaknesses as a means of defending democracy.

The concluding part aims to discuss dissonances and consonances between the *Garantismo* model and a worldview concerned with finding an Aristotelian balance between the fundamental rights of defendants, crime victims and the society, therefore minimizing errors and avoiding a famous quote immortalized in the movie *Batman, the Dark Knight*: “Sometimes the truth isn’t

good enough. Sometimes people deserve more. Sometimes people deserve to have their faith rewarded”.

2. **GARANTISMO AND TRUTH. APPROXIMATIVE FACTICAL TRUTH AND LEGAL OPINION TRUTH. INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES AND THE RIGHT TO TRUTH VERSUS FERRAJOLI'S POSITIVISM (AUCTORITAS NON VERITAS FACIT LEGEM)**

Si una justicia penal completamente con verdade constituye una utopia, una justicia penal completamente sin verdade equivale a un sistema de arbitrariedad. (Ferrajoli)

It would be impossible to systematize all modern and ancient theories about the concept of truth. From Philosophy to Law, from ontology to skepticism, the truth is one of the topics that humans are most passionate about.

In his book *‘Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale’*, Ferrajoli adopts the theory of truth as correspondence, but emphasizes that in the judicial process some adjustments are to be made, due to the peculiarity of judicial epistemology (e.g., as a particular type of historical truth, as well as the subjectivity specific to judicial knowledge). The author argues that procedural truth is always approximate and probabilistic, and that legal truth is always a matter of opinion.

Ferrajoli states:

“What it demands at the epistemological and political level is precisely what the Penal Guarantism model, embraced by modern Constitutions, normatively demands at the legal level: the legitimacy of judicial decisions in criminal proceedings is conditioned on the empirical truth of their motivation”¹⁸.

Evidently, this does not mean that there are no limits to the search for truth, however, *Garantismo* is clearly a position contrary to skepticism and veriphobia. Ferrajoli poses problems in reaching the truth, whether due to the subjectivism of both judges and many sources of evidence, or due to the peculiarity that procedural truth needs to observe rules and procedures that govern its demonstration. Some of those rules and procedures, it could be stated, are clearly counter-epistemic by nature, such as the prohibition of illegal

¹⁸ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*: (...) Ob. Cit., p. 69.

evidence; others aim at avoiding abuse and malfeasance by the parties or even the incidence of the *favor rei* principle.

Recognizing the importance of complying with rules and procedures to obtain the truth, Ferrajoli did not fail to severely criticize useless formalism:

“There are also numerous rules and procedural mechanisms that ultimately hinder the search for the truth. Norms of this type reached their maximum development in old inquisitorial regimes, which invented a multitude of formalities, delays, intrigues and labyrinths, whose only effect was to make the simple machine of public trials complicated; to the point that the history of criminal procedure seemed to Bentham ‘the opposite of that of the other sciences: in the sciences the procedures are increasingly simplified with respect to the past; in jurisprudence, however, they become increasingly complicated. And while all arts evolve by multiplying its results with the use of less means, jurisprudence regresses by multiplying the means and reducing the results. Today, with respect to pre-modern process, this evolution has been reversed. But there are still many, as we will see, procedural impediments that hinder or ultimately delay judicial investigations and their possibility of control, distancing it from the achievement of the truth instead of bringing it closer to it’¹⁹.

Ferrajoli’s quote dispels the myth according to which, in a ‘guarantist’ criminal system, any formality prescribed by law is a procedural right or guarantee and that the law does not provide for uselessness or formalities that in no way contribute to the scope of the process. In fact, the time has come, in the name of significant fundamental rights, such as the reasonable duration of the process of Article 8.1 of the American Convention of Human Rights (*la ragionevole durata del processo* or *duración razonable del proceso*), to reinforce the need for constitutional and conventional review or control (in Brazil, any judge has the duty-power to carry out such *ex officio* controls when deciding a particular case) of statutory provisions that rule out the search for truth without a justification based on rights protection.

It is interesting to note that, according to Ferrajoli, such spurious formalism is typical of old inquisitive regimes and therefore is incompatible with the accusatory system adopted by Brazil’s Constitution.

¹⁹ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*: (...) Ob. Cit., p. 61.

Naturally, one cannot argue that any violation of rights is tolerated by *Garantismo*. On the contrary, under *Garantismo* legal forms must be observed.

We must remember that the analysis of violations in the application of legal rules cannot be carried out in the abstract. Only in the context of the case at hand it can be determined whether the application of a legal rule was accurate or otherwise inappropriate.

The central issue is that it is impossible to assess the violation of a rule in the abstract. This is because it is not the simple failure to comply with the rule established in the Penal Code or the Code of Criminal Procedure that necessarily causes the sanction of nullity (*nullitá* or *nulidad*), but the verification of its (in)compatibility with fundamental rights in its global perspective (defendant and society). Such an examination may suggest that, in certain cases, even if it is characterized as a violation of the literal rule, there is no substantial violation of the Law.

In Portuguese, the word ‘nullity’ can mean both the defect and the sanction applied for non-compliance with a form established by law. This ambiguity needs some clarification. There are defects that do not deserve to be sanctioned and others that can even compromise the existence of the act (a sentence signed by someone who is not a judge, *v.g.*). Between these two extremes there are numerous situations in which, if the form is not complied with, there may or may not be a sanction of nullity.

One cannot give up the *pas de nullité sans grief* principle, i.e., the need to prove damage to sanction non-compliance with the form is not a whim, or a punitive bias, but the expression of reason that understands the process not as an end in itself²⁰.

²⁰ Ferrajoli highlights the limits of criminal justice and some procedural forms: ‘This way, the limits of the guarantee are understood. Penal guaranteeism is, before all, a cognitive model of identification of punishable deviation based on a conventionalist and refutationist (or falsificationist) epistemology that is possible through the principles of strict legality and strict jurisdiction. It is also a structural model of criminal law characterized by some substantial requirements and some procedural forms that are largely functional to such epistemology: such as the derivability of the penalty in relation to the crime, the exteriority of criminal action and the severity of its effects, the culpability or personal responsibility, the impartiality of the judge and his separation from the accusation, the accusatory charge of the judge and the rights of the defense/ In any case, it does not guarantee substantial justice, which in an absolute sense is not of this world and in a relative sense it is a question, as will be seen in the third part, of legislative contents and, for that matter, of political elections in order to the good and the interests that must

Treating all forms as sacred guarantees is to diminish the essential and relevant norms for the criminal process, equating them with legislative whims. Undesirable parameters should not be established in any rational system. Obviously, this is not a safe conduct to violate the Constitution or to authoritarian practices.

How can we know, then, when non-compliance may or may not violate the Constitution? The most straightforward answer would be only considering each specific case.

An example beyond the criminal process, but with identical force to criminal punishment, is the restriction on individual freedom. The COVID pandemic caused Brazilian federal government to recognize the legitimacy of a ban on leaving one's residence without formally decreeing a constitutional 'state of exception'.

When talking about legal truth, Ferrajoli recognizes its opinative nature. Despite the criticism of ethical objectivists, the author understands that truth in law is a matter of opinion and not ontological, while procedural truth is always probabilistic, approximate, and falsifiable.

The vicissitudes of epistemology are heightened in the search for truth in law. There is the sphere of the undecidable, there are human rights that cannot be negotiated. Speaking about the US penal model, Ferrajoli asserts:

"The absence of guarantees, and, therefore, of limits to judicial arbitrariness and to the violence of punishment, determines the defeat of the asymmetry between the civility of Law and the savagery of offending that forms the main factor of legitimation of jurisdiction, moral and social de-legitimation of deviance and, therefore, of the primary effectiveness of Criminal Law. It is because of this absence that punitive systems degenerate into systems of maximum Criminal Law, at the same time maximally punitive and inefficient. Evidence of such a fact is the explosion of the prison population in the United States immediately after the generalized and uncontrolled use - in 97% of cases sentenced by the Federal Judiciary and in 94% of those adjudicated by State jurisdictions -, since the late 1980s, of the proper alternative to the fair

be penally protected and to punitive measures justifiable with such a purpose; Just like formal justice, this is a legal definition technique and a method of judicial proof of punitive deviation that, if not excluded, at least reduces to a minimum potential moments and elements of discretion in criminal law. This formal justice, in addition to coinciding with security and the legal truth of jurisdictional decisions, is without exception the necessary assumption, even if insufficient, of any measure of substantial justice'. In: FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*: (...) Ob. Cit., p. 169.

process that is plea bargaining, that is, inquisitorial obtaining of confession in the form of an alternative proposed by the prosecutor to the defendant between an admission of guilt, even if he is innocent, and the reduced penalty that would be applied to him, even if he is unable to afford costly defenses, in case he would prefer to be go to an adversarial trial"²¹.

The truth for minimum Criminal Law has an expensive price, which cannot be negotiated. This aspect of *Garantismo* can also be subject to serious criticism. The globalization of negotiated justice means that there is a greater need to debate requirements and limits which must be observed so that its implementation does not violate human rights. Such a position seems more useful than the rejection of plea agreements *tout court*, as in Ferrajoli, whose stance prematurely denies any possible debate and does not help to build a model of negotiated justice that can be called 'guarantist'.

For Ferrajoli, truth cannot be obtained through consensus. Fundamental rights are inalienable, so spaces for such practices should not be allowed.

There is a clear excess of paternalism in presuming the impossibility that defendants and their lawyers be the masters of their own destinies and having real bargaining conditions in the interests of their own defense. Furthermore, consensus models do not mean giving up the search for truth, as they may require evidence beyond the defendant's confession as a condition for concluding plea agreements.

It is necessary to critically analyze the limits and possibilities of Ferrajoli's *Garantismo*, so that it is compatible with the constitutional needs of a democratic society.

In addition to position of *Garantismo* on the truth, we must remember that, under a democratic rule of law, there is a duty to seek subjective truth²², with

²¹ FERRAJOLI, L. *A construção da democracia*: (....) Ob. Cit., p. 349.

²² Peter Habermas states: 'The constitutional State presupposes people, or rather, citizens, willing to follow the path of searching for truth, the objective. With the imposition of an oath, the State, ultimately, seeks to obtain subjective truthfulness, without guaranteeing objective truths. It can send its holders of public functions - for example those from the third power - to search for the truth, it can also establish parliamentary commissions of inquiry or, sporadically, truth commissions (as recently as in San Salvador). However, it is forbidden to establish ministries of truth'. HABERLE, P. *Os problemas da verdade no Estado constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 118.

intersubjective control. Intentional lying and doublethink are ethically and legally reprehensible and cannot be naturalized or tolerated.

The obligation to seek the truth is a requirement of a constitutional democracy²³. Despite this, it would be impossible to eliminate lies or error in human relationships, but there certainly is a duty of good faith and the right of citizens to search for the truth.

It is possible to recognize the human right to truth in relations with the State and between individuals. The manipulation of the truth is a typical action of authoritarian and dictatorial political regimes and practices, which use discourse to legitimize violations of human rights and perpetuate themselves in power.

The Interamerican Court of Human Rights, based on the case *Hermanos Gómez Paquiyauri v. Peru*²⁴, has recognized the existence of the right to truth:

“230. The Court considers that victims of serious human rights violations and their next of kin, where applicable, have the right to know the truth. Consequently, the next of kin of the victims in this case have the right to be informed of everything that happened in relation to said violations. This right to the truth has been developed by International Human Rights Law; When recognized and exercised in a specific situation, it constitutes an important means of reparation. Therefore, it gives rise to an expectation that the State must satisfy the victim's relatives’.

231. In light of the above, to repair this aspect of the violations committed, the State must effectively investigate the facts of the present case, in order to identify, prosecute and punish all the intellectual authors and others responsible for the detention, torture, and extrajudicial execution of Rafael Samuel and Emilio Moisés Gómez Paquiyauri. To this end, it must adopt all necessary judicial and administrative measures in order to reopen the investigation into the facts of this case and locate, try and punish the intellectual author(s) thereof. The next of kin of the victims must have full access and capacity to act in all stages and instances of said investigations, in accordance with domestic law and the norms of the American Convention. Likewise, the State must ensure effective compliance with the decision adopted by the domestic courts, in compliance with this obligation. The result of the process must be publicly disclosed, so that Peruvian society knows the truth.

²³ According to Marinoni: ‘The commitment to the search for the truth of constitutional facts is a presupposition of the Democratic Rule of Law... As this is so, there is no doubt that the search for truth, especially in relation to the facts that matter for the implementation of the Constitution, constitutes a requirement of constitutional democracy. Well looked at, an ethical presupposition of the Rule of Law, thus, as an indispensable moral value so that people can have confidence in the authority of the State and of the law itself’. MARINONI, L.G. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 125.

²⁴CIDH. *Hermanos Gómez Paquiyauri c. Peru*, sentença de 08/07/2004, Série C, n.º110.

232. *The Court warns that the State must guarantee that the internal process aimed at investigating and punishing those responsible for the events of this case has its due effects. Furthermore, the State must refrain from resorting to figures such as amnesty, prescription and the establishment of exclusions of liability, as well as measures that seek to prevent criminal prosecution or suppress the effects of the conviction*".

Obviously, not only in victims' rights should the right to truth be recognized. One of the pillars of democracy, the duty of accountability can only be carried out adequately if the information provided to citizens is truthful.

One of the great challenges in the post-truth and fake news era is to securely establish information - and the law can only be applied fairly if the facts are adequately proven.

A correct incidence of the *Garantismo* model presupposes correct factual evidence - only then can guarantees be appropriately applied²⁵.

Finally, it should be said that, as a positivist, Ferrajoli uses the formula *auctoritas non veritas facit legem*, indicating that "what gives criminal relevance to a phenomenon is not truth, justice, morality, nor nature, but only who, with authority, says the law"²⁶. How can this model be reconciled with victims' fundamental right to truth²⁷? Can the existence of an ontological truth, sometimes beyond the established law, be recognized as adequate in *Garantismo*?

It seems that this antinomy is not just apparent, but rather constitutes a limit zone for *Garantismo*. As will be explained in the conclusion, the *Garantismo*

²⁵ As Ferrajoli asserts: 'This duty to act on constitutionally established rights represents, obviously, a weak guarantee regarding strong, primary and secondary guarantees, whose introduction imposes such duty. Weak for two reasons; in the first place, because it consists of the obligation to introduce guarantees but not, however, in guarantees that are truly strong (for example, in the case of the right to health, in the obligation to introduce the public and universal health service, but only in to offer health services subject to the right); secondly, due to the impossibility of ensuring effectiveness at the jurisdictional headquarters, assured in exchange for the principle of legality, the sea, of non-contradiction, due to the annulment or inapplication of substantially invalid laws. But its presence, in addition to satisfying the theoretical definition of fundamental rights as a subclass of subjective rights, is equivalent to the recognition of a normative relationship with the constitution and by way of illegitimacy in the soil of the production of norms in contradiction with it, It is also a sign of the lack of production of standards that it imposes as obligatory'. In: FERRAJOLI, L. *Diez aporias en la obra de Hans Kelsen*. Madrid: Trotta. 2017, p. 75.

²⁶ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*: (...), Ob. Cit., p. 31.

²⁷ It is true that there is only one truth, when talking about victims' right to truth, it is only highlighted that the criminal process does not have the exclusive scope of dealing with protection against abuse against the defendant. The victim is a legitimate member of the criminal process and has more than my interest, he has the right to find the truth.

model is a very useful lens, but not the only one for facing the serious dilemmas of modern societies.

Indeed, Ferrajoli recognizes that empirical truth is a condition for the legitimacy of criminal sentences, but what is the limit in the search for this truth? Are the decisions of the Interamerican Court of Human Rights that recognize the imprescriptibility of serious human rights violations compatible with *Garantismo*? Yes, Ferrajoli himself, speaking out loud, acknowledged the compatibility of guarantees with the imprescriptibility of some crimes²⁸.

Recently, Ferrajoli went even further, creating a new legal category that he termed 'system crimes':

“Therefore, the notion of ‘crime’ must also be expanded to include these attacks. The current notion of an unlawful act is based on an individualistic basis, certainly not surmountable by criminal offenses: the personal responsibility of determined subjects who are the perpetrators, in addition to harmful events caused to equally determined subjects. We must, therefore, be aware of its conceptual inadequacy to account for offensive conduct that is not attributable to natural persons

²⁸ In three footnotes Fisher and Valdez highlight the episode: ‘On October 16, 2013, at an event organized and held at the Ministry of Justice in Brasília, at the end of his presentation, Ferrajoli was asked how the intention of punishing agents of political repression for crimes committed during the dictatorship could be conformed to guaranteeism. Brazilian due to the period that has already elapsed until the present day due to the fluency of the prescription.

In a very objective way (but without surprise for anyone who knows the central idea of guaranteeism in its original essence), he responded that conformation would be perfectly possible (using the expression of the question asked to him), as the guaranteeism defended by him brings in its bulge, in the light of (all) current constitutional principles and International Law, the obligation of the State to act (called positive obligations) to effectively punish the perpetrators of crimes of this nature, and prescription rules cannot be invoked as a way to intend prevent possible criminal actions. Along these lines, in the chapter below, the topic of prescription will be highlighted in light of international courts.

In note 642: At the 8th Conference of the Cycle of Higher Studies Justice without Borders, on September 29, 2014, held at the Ministry of Justice, in Brasília/DF, asked how he would see the “compatibility of this international movement around the criminal liability of agents committers of crimes against humanity and criminal guarantees?”, Professor Luigi Ferrajoli responded verbatim: “Let’s eliminate a mistake. It’s not a question of compatibility. It is a question of implication, precisely the guarantee that imposes the main guarantee, which is the guarantee of life and fundamental rights. [...] I believe that the true frontier of criminal law is close to international criminal law, against crimes of power, public power or economic, environmental power [...] they are imprescriptible because it is a duty to compensate in confrontation with the victim’s rights.

654 Once again, it is reported that, at the 8th Conference of the Cycle of Advanced Studies Justice without Borders, on September 29, 2014, held at the Ministry of Justice, in Brasília/DF, Professor Luigi Ferrajoli responded that “the guarantee that imposes the main guarantee, which is the guarantee of life and fundamental rights. [...]” and that the imprescriptibility of certain crimes is correlated with “a duty to compensate in conflict with the victim’s rights”. In: FISCHER, D. & PEREIRA, V.F. *As obrigações processuais penais positivas*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2019.

and, however, enormously harmful to entire peoples and, also, to humanity as a whole, in addition to being contrary to law and rights, such as environmental devastation, explosions and nuclear threats, the millions of deaths each year due to the lack of life-saving medicines, water and basic food. I propose, then, the creation, in the lexicon of the theory of democracy, of a broader notion of crime than that of criminal crime, which also includes this broad class of massive violations of fundamental rights and goods, even if not consistent, such as criminal crimes, in individual acts attributable to the responsibility of specific people. I propose, precisely, to call these legal violations, whose effects are much more serious than those pursued by criminal law, as system crimes. It must be remembered, it is not a question of the crimes of the strong, which are always criminal crimes whose gravity and whose tendency to impunity are the subject of investigations in an already extensive literature of critical criminology. And it is not, either, about State crimes or crimes against humanity, today equally foreseen by international criminal law, based on that great achievement that was the creation of the International Criminal Court, which remain, until now, without major punishments”²⁹.

The theory of ‘system crimes’ is a privileged example of the potential for expanding *Garantismo* to new forms of protection (some will call it punishment) of fundamental rights.

In conclusion, it is necessary to remember Ferrajoli:

“(...) the source of legitimacy of the judicial function and other guarantee functions is the ‘truth’, or better the argument as plausibly ‘true’ of the conditions of its exercise. Inverting the Hobbesian formula, we will therefore say that *veritas non auctoritas facit indicium*, since what makes a judicial decision fair or unfair, but also a specific service in the implementation of a social right, is only the argumentation as true of the thesis that determines the conditions established by law. Hence the independence between the two classes of functions.

No consensus of the majority or public opinion, I have said, can make true what is false or false what is true. A judge must be able, thanks to his independence, to acquit when the majority or even everyone asks for conviction and to convict when everyone asks for acquittal. And the same must be said for those holding primary guarantee administrative functions, who must also be able to exercise them with complete independence. On the other hand, precisely because in guaranteeing the rights of all, the guarantee functions, in addition to excluding any dependence or majority conditioning, are also ‘democratic’, in a different sense, but perhaps even more significant than the legitimized government functions by represents politics: in the sense that, guaranteeing everyone, they concern the entire people as a group of people that make it up”³⁰.

²⁹ FERRAJOLI, L. *A construção da democracia*: (...) Ob. Cit., p. 410.

³⁰ FERRAJOLI, L. *A construção da democracia*: (...) Ob. Cit., p. 176.

Truth is a condition of real possibility for *Garantismo*³¹. As highlighted in the epigraph, a system without truth is pure arbitrariness and, consequently, can be adjectivized with any expression but 'guarantist'. It is important to emphasize that *Garantismo* does not stipulate a method to reach the truth, but it historically explains under Brazilian law, for instance, the 'system of legal evidence' (*sistema da prova legal*) and its transformation into the 'system of free conviction' (*sistema do livre convencimento*), and highlights that, in the procedural environment, knowledge must prevail over power, that is, more evidence and less decisionism from judges. The proposal is a scientific epistemology, capable of removing discretion away from judges and subjecting decision-making to public control, aiming for impartial and justified decisions on the factual and legal truth.

3. LIMITATIONS AND POSSIBILITIES OF FERRAJOLI'S GARANTISMO. REASONS WHY GARANTISMO SHOULD ENCOMPASS THE PROTECTION OF VICTIMS' RIGHTS AND THE ROLE OF THE CRIMINAL PROCESS IN A DEMOCRATIC STATE. DUTY OF GOOD FAITH, PROCEDURAL LOYALTY, AND GUARANTEES

"If the philosopher can choose between truth and happiness, he will only be a philosopher, or only worthy of being one, if he chooses the truth. True sadness is better than false joy. On this last point, not everyone will agree. No doubt several of you in the room will be saying to yourselves that, when you think about it, between true sadness and false joy, you would prefer false joy... Many, but not all. Well then: here we have an excellent touchstone to know who is a philosopher at heart and who is not. Every definition of philosophy already entails a philosophy. From my point of view, only those who love happiness, like everyone else, but love truth even more, are truly philosophers - only those who prefer true sadness to false joy are truly philosophers. In this sense, many are philosophers without being philosophy professionals, and it is better that way; and some are professionals or professors of philosophy without being philosophers, and that's their bad luck. (André Comte Sponville)".

For a long time, crime victims were largely forgotten in the criminal process. The mere mention of them was criticized for opening the door to a primitive type of private *vendetta*. Fortunately, we live in a time in which the victim

³¹ Badaró highlights that 'it is not possible to give up the search for truth, which is the only acceptable criterion as a premise for a fair decision'. In: BADARÓ, G.H. *Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: RT, 2022, p. 435.

is also recognized as a subject of rights and the punishment of guilty defendants is not an act of revenge, but a commitment made by the State when it prohibited self-protection and called upon itself the duty to resolve existing disputes among society.

A legal concept of victim can be extracted from item 1 of the Annex to Section "A", of the Declaration of Fundamental Principles of Justice Relating to Victims of Crime and Abuse of Power, adopted by Resolution n. 40/34 on November 29th, 1985, by the United Nations General Assembly:

1. "Victims" are understood to be people who, individually or collectively, have suffered harm, namely an attack on their physical integrity and moral suffering, a material loss, or a serious attack on their fundamental rights, as a consequence of acts or omissions that violate the laws in force in a member state, including those that prohibit abuse of power.

The inclusion of crime victims within *Garantismo* cannot be limited to their condition as the weakest party (*più debole* or *el más débil*) involved by the time a crime is committed. Ferrajoli is aware of the importance of the victim:

"Furthermore, the accusatory functions were also developed historically, in our legal experience, with the affirmation of the public character given to the criminal action based on the recognition of the insufficiency, in the original accusatory criminal process, of the private accusation entrusted only to the offended party. The Public Ministry, in other words, asserted itself as a public body also in relation to guaranteeing access to justice for victims of crimes. If there were no public body like this, the ex officio procedure and the mandatory criminal action, not even the right to life would be guaranteed, and it is often unlikely that the victim would have the strength and courage to act against the aggressor himself"³².

In addition to the existence of *istituzioni di garanzia* like the Public Prosecutor's Office, it is essential to enable forms of direct action by the victim in the criminal process. We can no longer repeat the mantra according to which to allow victims to act is to bring back private *vendetta*. The victim has the right to a factual settlement in the process.

³²FERRAJOLI, L. *Democracy through rights: guarantor constitutionalism as a theoretical model and as a political project*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 247-248.

Brazilian jurisprudence has also recognized victim's rights in criminal proceedings, as in RHC n. 104176/RJ decided by the Superior Court of Justice (*Superior Tribunal de Justiça*):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE QUEBRA DE CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. COLETA DE PROVAS NO EXTERIOR. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESERVAÇÃO CRONOLÓGICA DA PROVA. HAVENDO DIVERGÊNCIA DE MATÉRIA FÁTICA, É INADEQUADA A UTILIZAÇÃO DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE DE O HABEAS CORPUS ESTABELECEER, SEM DILAÇÃO PROBATÓRIA, QUAL DAS VERSÕES CORRESPONDE AO OCORRIDO NO MUNDO DA VIDA. *DIREITO* FUNDAMENTAL DO RÉU E DAS VÍTIMAS AO ACERTAMENTO FÁTICO COMO ELEMENTO DO JUSTO *PROCESSO PENAL*. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.

1. A observância da cadeia de custódia de prova é imprescindível para que haja o respeito ao devido *processo* legal. Contudo, a alegação de quebra de referida documentação cronológica acompanhada de mais de uma versão dos eventos empíricos não pode ser reconhecida nos limites da ação de habeas corpus.
2. A busca do acerto fático é elemento do justo *processo penal*. É fundamental que haja, com o respeito aos *direitos* fundamentais do réu, de eventual *vítima* e da sociedade, a correspondência, ao menos aproximada, entre os fatos, tal como ocorreram, e aqueles descritos nos autos. E o campo para dirimir dúvidas é o juízo da causa, sob o contraditório judicial.
3. A divergência acerca do modo e local de obtenção da prova também inviabiliza, em habeas corpus, o debate sobre a necessidade de cooperação internacional.
4. Recurso ordinário não provido.

The Interamerican Court of Human Rights recognized the victim's right to the truth as a human right, as well as the investigation and effective punishment of crimes, taking precedence over statutes of limitations provided for in local legislation. The implementation of the right to truth is as a duty of the State. This is not about punitivism, but about justice. Impunity cannot be normalized³³.

Obviously, truth should not be obtained in any way. The crucial point here is the relevance of an impartial and constitutionally adequate search for the truth.

³³ On the same topic, I wrote the article: Bedê Freire Júnior, A. "Combate à impunidade como direito fundamental da vítima e da sociedade". Available at: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/386/340340380&ved=2ahUKEwiVoJaWuvWG-AxWNlbkGHds_CBUQFnoECBwQAQ&usg=AOvVaw0tGAzsh9z5_gYdYL-ToDNe. Access in: 15 mai. 2024.

An important distinction between the fundamental rights involved in a criminal proceeding was made by Fischer and Valdez:

“Perhaps an important distinction to be made within the scope of the constraints outlined by the supranational human rights courts is that, as seen, the procedural requirements considered instrumental, which condition the conformity of the criminal procedure conducted at the national level to the concrete performance of efficient investigative and judicial mechanisms, with the ability to clarify rights and identify active subjects, present themselves as procedural obligations of means. The search must always be for the best possible efficiency, but this is not a result. On the other hand, the procedural requirements related to the defense guarantees of the accused can, based on the same logic above, be considered as result obligations, indicating that it is not enough just to make an effort or commitment from public agents and procedural subjects in their preservation, it is necessary to effectively achieve the standard of protection imposed by defensive and human dignity guarantees. From the balance of these vectors, without excesses or deficiencies, it will be possible to better juxtapose all these principles and values constitutionally interposed for the state's actions”³⁴.

Commenting on Ferrajoli's *Garantismo*, Zaneti Jr states:

“As the doctrine clearly demonstrates, the separation between law and morality is essentially the result of the secularization of both morality, law and supposed ontology of values; therefore, it proves to be a guarantee of a democratic and pluralistic State. It is no coincidence that the relationship between law and morals is much more acute in criminal law than in any other branch of law. It is no coincidence that it is more imperative, in criminal law than in any other branch of law, to eliminate judgments of an ethical or moral nature, as well as any kind of relativism in the thesis of necessary separation, especially with regard to applications to condemn the defendant, judge his personality or apply the sentence to him, but also those who, mischaracterizing the legal precepts, apply a certain morality of the judge; therefore, absolutely subjective, to acquit the defendant. Both forms deny either the guarantee function in relation to the defendant, present in criminal law and well known as minimum criminal law, or the guarantee function towards the victim and society, consisting of the application of criminal protection as a guarantee of fundamental rights in the face of actually committed offensive behaviors”³⁵.

Garantismo includes the victim as a subject of rights. This does not mean disregarding the defendant's rights. It is a fallacy to argue that granting rights to crime victims automatically implies a reduction of defendants' rights, or that, on

³⁴ FISCHER, D. & PEREIRA, V.F. *As obrigações processuais penais positivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 186.

³⁵ ZANETI Jr., H. *O valor vinculante dos precedentes*. 2º ed., Salvador: JusPodium, 2016, pp. 119-120.

the contrary, expanding defendants' rights means reducing the protection for victims. The consideration of crime victims allows an important epistemic improvement.

There are several dichotomies that seem insoluble: speedy trial and the right to counselling; justice and legalism; legal security (*sicurezza giuridica* or *seguridad juridica*) and time. Complex factual and legal problems cannot be reduced to such an exclusionary binary code.

It is necessary to protect defendants, without forgetting about crime victims and the society. A balance must be struck between the three abovementioned parties to allow a real impact of fundamental rights.

In Brazil, any governmental measures that enhance the rights of victims or that modulate the scope of rights (or pseudo-rights of defendants) are considered anti-guarantist. Here lies a mistake that must be dispelled. *Garantismo* is not synonymous with pseudo-rights or the exclusionary protection of defendants. For *Garantismo*, both mistakes (acquittal of the guilty and conviction of the innocent) must be avoided.

Examples of pseudo-fundamental rights often mentioned among Brazilian scholars would be the well-known “rights” to flee and to lie in criminal proceedings. Situations that should not be tolerated by law are, according to some thinkers, elevated to the category of “rights”.

There is no true “right” to flee from prosecution, which would imply a duty for the State to respect it and, therefore, prosecutors and judges would not be authorized to imprison defendants. If arrest at any time during a criminal investigation is legally justified, fleeing cannot be treated as a right. The difference between the will to flee and an alleged “right” to flee is evident.

As for a defendant's lying during a criminal process, several jurisdictions establish an offense of perjury. Despite this serious omission in Brazilian legislation, one cannot speak of a “right” to lie³⁶. Certainly, some of the lies a

³⁶ On this topic, it is worth transcribing Claus Roxin's words: 'There are four things that do not correspond to the defender's tasks: sabotage, obstruct, falsify measures of prueba and lie. It is easy to see that these behaviors are not understood in advance by the defender's task. Whoever sabotages the process, for example, by contributing to the escape of the accused, does not allege

defendant can tell are criminalized, such as when, in order to avoid guilt, he/she accuses an innocent person of committing a crime; other types of lies, even though not criminalized in Brazil, must not be considered legitimate behavior by defendants. These pseudo-rights have become slogans without due reflection as to why they exist in the first place.

There is an important ongoing debate, triggered by former football player Daniel Alves' indictment for rape in Spain, who provided contradictory and apparently mendacious versions about his crime. Would it be possible to extract some epistemological value from a defendant's contradictory statements or are defendants authorized to argue virtually any thesis?

There is no doubt that the right to remain silent encompasses a relevant civilizing aspect, but a spoken lie is exactly the opposite of remaining silent. Such controversy would be solved by the criminalization of perjury because judges, crime victims and the society should not waste time with lies.

errors of discharge or asserts the rights of the accused. Who formulates evidentiary requests "with the aim of dilating the process" (§ 244 III 2), or with the same objective requests refusals, "evidently only dilates or pursues extraños in the process" (§ 26a I Nr 3). Such obstruction cannot be called the realization of the right to request tests or the right to refuse, because each right is guaranteed, according to a principle valid in any part, only up to the limit of abuse. Whoever presents a testimonial declaration or documents whose illegality is recognized by him, operates according to the function that must be guaranteed. All these limits do not come solely from the procedural provisions, §§ 244 III 2, 26a I Nr 3, 138a and following, or from the conducts described in §§ 153 and following and 267 of the Penal Code. These provisions are more important than the unique and concrete expression of the inmanent limits that are imposed on the defender by virtue of his function. What I said previously is also valid for ever and ever more discussed obligation to the truth of the defender. With a mendacious statement, no words of discharge or right to anyone are worth it. In reality, the defender's intended ability to lie is always supported by the belief that the accused has such a right and therefore the defender, as a representative of his interests, can also enforce it. But the imputed has no right to similar naturalness; it is solely about a privilege of favor agreed to his person that helps him that his conduct does not result in punishment, which resides in the exculpatory plan that excludes punishment (in this case it is addressed to atypicality) and not in the the justification. Otherwise, the guilty party, according to § 136 of the Penal Procedural Ordinance, should be instructed that he could also lie, which with security had still not been recommended. In the same sense, it does not take until the moment to infer from the circumstances that the imputed person can evade without criminal consequences, the admissibility of the help given by the defender. E otro plano queda que el defensor pueda informar em sentido de estimulación neutral al imputado sobre la impunidad de las negociaciones contrarias a la verdad y que aquellas eventuales mentiras no deban ser relevadas por él, pero esta conducta es consecuencia de su obligación relativa al asesoramiento jurídico y a la reserva del secreto profesional, lo que, por consiguiente, hace parte de la controvertida relación con su mandante y solamente señala las limitaciones de la obligación a la verdad, no la inexistencia de tal obligación". In: ROXIN, C. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2007, pp. 53-54.

Unfortunately, legislative solution varies, depending on the preponderant interests in place in each jurisdiction, since regrettably there is no provision, in several legal systems, of an offense of perjury. It is not possible to recognize a fundamental right to disrupt police investigations and, often, normalizing lies is allowing such factual chaos.

Obviously, there is no obligation for a defendant to confess to the crime, but such privilege does not encompass deliberately changing the facts of the case.

The inflation of pseudo-rights compromises the possibility of justice in several ways. *Garantismo* is not compatible with penal abolitionism, but it also cannot serve as a pretext for procedural abolitionism.

Teratologically expanding the list of rights and guarantees, imposing an evaluative and bureaucratic formalism which makes it impossible to achieve a conviction and naming this ‘guarantee’ does nothing to achieve justice. *Garantismo* is synonym to respect for the “rules of the game”, but the “rules of the game” need to be built on triple respect for the fundamental rights of defendants, crime victims and the society.

In a recent decision, the Court of Appeals of Minas Gerais (a Brazilian State)³⁷ ruled as illegal the evidence obtained from an expert voice comparison report and therefore acquitted a defendant on the charge of drug trafficking. The defendant was caught red-handed inside a rural property, along with two other offenders who were escorting 2.5 tons of marijuana aboard a car. He was later sentenced by the 3rd Criminal Court of Uberaba to nine years and four months in prison and a fine calculated in 933 fine-days (*dias-multa*).

The defense claimed that the voice comparison expertise and all the evidence resulting from it were illegal. This is because recorded statements were used in another police investigation concerning different facts.

³⁷HIGÍDIO, J. “Comparação vocal a partir de gravação de depoimento em outra investigação é ilegal”. Available at: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-09/comparacao-vocal-partir-gravacao-outro-ilegal>. Access in: 23 mai. 2024.

The defendant was interrogated three months before the forensic voice analysis. The comparison between the recording and some audio files sent to another man arrested demonstrated that it was the same voice.

The case is an interesting example of the undue jurisprudential extension of the meaning of fundamental rights. The defendant has a right to silence, but, by choosing to speak out, and having his statement recorded, there is no obstacle to the use of such material for forensic purposes.

The privilege against self-incrimination cannot have such an extent. Now, the right to silence was not exercised by the defendant's choice. The recording of his/her interrogation is accessible to the public and, naturally, it can be compared. There is no legal rule that prevents the use of this material for comparison purposes, so much so that the decision attempts to extract the illegality of sharing from principles.

In another case, the public defender's office even maintained that the offering of a bribe by a defendant arrested by the police would be an integral part of a right not to produce evidence against oneself. But there is nothing similar to a right to offending. The scope of the right to remain silent should be taken very carefully.

Another example that has been often taking place in jury trials in Brazil is the withdrawal requested by defense attorneys when they strongly disagree with decisions made by the trial judge. Well, the path to challenge a court decision cannot be a withdrawal, which is highly detrimental to both the defendant and the case in broad terms³⁸.

³⁸ On 03/06/2023, the STJ faced the issue in the AGRG judgment in RMS 63152-SC, deciding (in the form defended here) that: 'The STJ's jurisprudence is consolidated in the sense that "the non-attendance of a lawyer at the hearing without presenting prior or subsequent plausible justification for its absence, may be qualified as abandonment of the cause that authorizes the imposition of the fine provided for in art. 265 of the CPP". In: STJ. AgRg no RMS n. 55.414/SP, Fifth Panel, Rel. Minister Ribeiro Dantas, DJe of 7/1/2019.

In this case, the defense abandoned the plenary session, unhappy with the reading of a piece by the prosecution, as a defense tactic. However, as noted by the appealed ruling, "abandoning an ongoing process, due to mere non-conformity with what was decided in plenary, is a procedural tactic that affronts Justice, notably when it comes to a Jury Court session, the preparation of which is considerably expensive, including in financial terms for the State".

Furthermore, grounds invoked by the Court of origin motivate the maintenance of the fine applied, as "according to art. 265 of the CPP, the defender cannot abandon the process, except for compelling reasons, under penalty of a fine. Now, there is no need to speak of an imperative reason when the lawyer, instead of seeking to reform the decision/annulment of the trial, through

Finally, as an example of such interpretation of the scope of fundamental rights in the criminal process, mistakenly seen as ‘guarantist’, the Supreme Court of Brazil (*Supremo Tribunal Federal*) has recently ruled in favor of a defendant who was considered, at the time, a fugitive from justice. The court decided that he had a right to participate in a criminal hearing by videocall³⁹.

We insist that there is no legal provision, one of the pillars of *Garantismo*, for the presence of defendant at their trials, especially because self-defense is always optional, whereas the defense carried out by a lawyer is mandatory. Another important aspect is to take one’s condition as a fugitive more seriously. In Brazil, fleeing without violence is not a criminal act, but it certainly causes numerous negative consequences for the defendant (v.g., not being able to obtain a driver’s license, or reporting a crime to police, or leave the country via legal means). The Judiciary branch does not value itself when normalizing that people who are in violation of the law have the possibility of benefiting from their own transgression.

If this right is in fact inherent to defense, then every defendant would always have to be present at any hearing. This was the case in jury trials until 2008, when legislative reform authorized that defendants could be tried *in absentia*.

Allowing a fugitive defendant his/her right to participate in a judicial hearing though videoconference is an undue reward and places respect for judicial decisions in a secondary role.

Many say that there should be no fundamental rights in society. Naturally, in the criminal process there is more at stake than merely the will of victims and defendants. The importance of punishing defendants who are to be found guilty is not a nice word for revenge, as Rene Girard argues, but a fundamental right of

the appropriate procedural route, simply leaves the plenary session, preventing the continuation of the Session. Thus, in accordance with art. 265 of the CPP, a fine of 50 (fifty) minimum wages is applied to the defenders, jointly and severally, considering, as a parameter, the cost of holding a Jury Court trial session”.

³⁹VELOZO FUCCIA, E. “Fachin concede liminar para foragido participar de audiência virtual”. Available at: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-04/fachin-liminar-foragido-participar-audiencia-virtual/>. Access in: 24 jun. 2024.

society that needs punishment as a way of guaranteeing the maximum possible well-being of non-deviant citizens and the minimum necessary discomfort of those who are deviant, as summarized by Ferrajoli.

The inefficiency of criminal justice⁴⁰ causes a vicious circle of distrust and dissatisfaction among victims, their relatives, and other non-deviant members of society. It awakens a sense of impunity, causing more offending among deviant citizens, as they feel they are financially rewarded, or otherwise, for their deviance⁴¹.

The solution is to find a balance between the protection of defendants, crime victims and the society. The idea of reasonable duration of the process (Article 8.1 of the American Convention of Human Rights), for instance, cannot

⁴⁰ This problem is not only present in Brazil, Gonzalo Quintero Olivares highlights: 'The criminal problem does not create the criminal justice system, but it does aggravate it, it is benign, which translates into an attraction that, according to what is said, has Spain for criminals from all over Europe and other continents, and, secondly, place in the incomprehensible existence of hundreds of subjects pending trial who find themselves free and continuing their criminal activity. It will be said that this is an opinion blocked by demagoguery, but it is clear that the proof of this state of opinion is within the reach of anyone who stops to listen to what is said, and, moreover, it is a problem that is largely accepted by the public authorities, who strive for the best or worst decision in increasing the 'efficiency' of the system.

But the final outcome is that the conviction that the criminal problem "would be much smaller" if the system was effective, is strongly rooted and does not want to meet explanations about the personal and material limitations that face this system, from police resources to those of inspectors and judges, even though it is demonstrated that no society has achieved total control over crime and the delinquent'. In: OLIVARES, G. Q. *El problema penal*. Madrid, Iustel, 2012, p. 121.

⁴¹ Guilherme Ariel Todarello argues: 'Impunity works as a powerful element of pedagogical instruction in favor of venal behaviors, ultimately installing confirmation about the convenience of engaging in deviant conduct. If we take into account that education is the method by which society reproduces itself, a community dominated by the culture of corruption, education and the learning of antisocial values - but all of the formal declarations against it corruption - will tend to reproduce this irregular scheme. Therefore, corruption and impunity will operate as factors that impede the validity of that context identified as the 'market of virtue'. Thus, in addition to causing an erosion of society's ethical values, generating inappropriate behavior on the part of citizens who internalize the negative examples of those at the top of the state hierarchy, this "culture of corruption" also ends up causing a feeling of disenchantment among the population. and distrust in relation to the functioning of the system, which in turn ends up causing another harmful effect, a kind of "silly anomie" which is the lack of interest in politics and the actions of governments, behavior that undeniably ends up weakening the necessary and essential control In short, faith in the State and democracy is lost. In fact, this situation is even worse when its practice occurs at the apex of the administrative hierarchical pyramid, as it ends up serving as a stimulus - a bad example. - for agents who occupy a lower position. As a result, corruption from above tends to be a factor that not only causes a feeling of disenchantment among honest public servants", but also ends up functioning as a multiplier mechanism for more public corruption, generating a true vicious cycle within the state body". In: SENNA, G. *Combate à má governança e à corrupção*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p 294.

only be seen from the perspective of the defendant's rights, but is also a right of victims and the society.

Apart from that, *Garantismo* also encompasses a deontology of the lawyer's role in the criminal process:

"This means that the lawyer, as well as his client, cannot carry out illicit acts, such as bribing testimonies, falsifying tests, and even if there is a third party that he considers innocent or, even worse, denigrating or insinuating suspicions about testimonies or magistrates. , It is good to discredit the opposing party or damage the reputation of lawyers. However, the difference between the accused defended by him, cannot be done. It's rare to do tricks or give false testimony. It could try to obtain, in a legitimate way, requesting, for example, new summary investigations, the prescription of the crime; but there is no point in numbing the process.

Only with dilatory actions undertaken with the sole purpose of obstructing its development. Ultimately, you can defend what is alleged in the case and not, as has happened and continues to happen in Italy in many cases against the first minister, defend it from the case. [...]

Of course, defense problems in civil proceedings arise differently than in criminal proceedings. In criminal matters - which is what I am concerned with in this work - an insurmountable limit, although the topic of discussion is the proof of a crime and the application of a penalty, it is certainly the protection of a third party innocent of slander and insinuations malevolent. However, in both cases the lawyer can and must do exactly everything that, with the exception of the right to lie, his client would be personally provided if he had the necessary technical preparation and for that reason he would have the sense of the right and of the deontological bonds that such preparation and forensic capacity entail. Precisely this is what technical defense consists of.

[...]

The burden of proof, in few words, must always correspond to the accusation. «The duty of loyalty - wrote Francesco Carrara in imposing a positive obligation on the defender, but a purely negative one. It forces him not to do so; This is to decide, not to affirm something contrary to the procedural truth and not to work with artifices or *pruebas mendaces* for the triumph of the false [...]. But it is not unfair to ignore or omit something that, if done correctly, could harm the accused. The obligation to prove the crime rests with the accuser, not the defender; and it would be strange that he would require this one to help his own ignorance or

inexperience". Therefore, we can also classify the role of the defender as a «public ministry», as Carrara states: the condition, however, is that this public dimension of the forensic profession does not refer to the administration of justice, but only right fundamental to the defense itself guaranteed to the imputed; understanding «fundamental, in the sense of «universal», the sea, attributed to the whole world and therefore belongs, together with its guarantee, to the public sphere because it is in the interests of each one and virtually everyone"⁴².

⁴² FERRAJOLI, L. *El paradigma garantista*. Madrid, Ed. Trotta, 2018, pp. 148-149.

Another example that is still under construction, but urgently⁴³ needs more appropriate treatment, is the application of good faith in criminal proceedings, the existence of 'procedural loyalty'. Fair trial must be recognized as a fundamental right of the parties – defendant and victim – and of society.

Garantismo does not mean being disloyal; it cannot represent a magic formula for lack of fair play. The need for all parties to act with fair trial is, in fact, a condition of possibility for *Garantismo*.

This is not about limiting the strategies to be deployed by the defense or the prosecution, but about establishing that rights and guarantees were not made to allow the parties to produce fraud, concealment, or acts that make it difficult for justice to be materialized. Sometimes, the distinction between disloyalty and procedural strategy is tenuous, but the criminal process cannot be a strategic game in which the winner is whoever has the best conditions to manipulate the entire system.

At no point in Ferrajoli's vast work there is any proposition to support or legitimize procedural fraud. One cannot attribute to the defendant a wild power without legal limits, nor treat the victim's right as being absolute - both excesses are not a correct expression of *Garantismo*.

The use of procrastinatory resources, the provision of false addresses to hinder investigations or with the aim of delaying proceedings, the repeated request to postpone hearings without real justification, the request for impertinent, irrelevant, or useless evidence and other measures that are, unfortunately, relatively usual in real world cannot be covered by *Garantismo*.

Ferrajoli exemplifies these distortions of the criminal process and substantive law:

This inequality is the effect of a legislative system built to obstruct investigations and prosecutions in the relations of delinquency among those holding public powers and, in general, the powerful. The corruption system thrives and develops on the basis of impunity, determined by the inadequacy of penalties, the restricted times of trials and the lack of suitable criminal figures. Almost 90% of convictions for corruption in the last 20 years, precisely 87.63% were less than two

⁴³In Brazil any legal professional can empirically observe an excessive number of acting in bad faith that go unpunished in our system.

years, with consequent conditional suspension. Only 3.50% of those convicted received a sentence of more than three years. Not to mention tax evasion. The statute of limitations leaves, on the other hand, most cases of economic crime unpunished. The logic of the statute of limitations was, in fact, reversed by the Cirielli Law: long deadlines for the simplest crimes, which do not actually require any investigation; short deadlines for the most complex crimes - bankruptcies, corruption, fraud and damage to the State - which require long and complex investigations in which the perpetrators are defended by skilled lawyers in a position to use any type of delaying practice. Defense of the process rather than the process in these proceedings has become the rule. Ultimately, our system suffers from an inadequacy not only in terms of penalties, but also in crimes. There is a lack of criminal figures, such as private corruption by directors of private companies who receive bribes, or the so-called influence peddling, that is, large payments without being able to identify the specific public act in exchange for which they were carried out. Even though these gaps are in contrast to international conventions and a 1999 European Union Resolution.

The corruption system still costs between 50 and 60 million euros a year and tax evasion costs 120 million. Not only. Corruption discourages investment, makes competition impossible, distorts public spending, and undermines democracy at its roots. This is Italy's most serious spread in relation to other advanced countries: the enormous weight of corruption, tax evasion, laundering and organized crime⁴⁴.

One cannot confuse the scope of Ferrajoli's theory with its practical distortion. The establishment of rights and guarantees are conditions for the materialization of a Democratic State of Law. The expansion into an area of bad faith or procedural disloyalty is a misrepresentation that confuses things and unduly harms the image of *Garantismo*, because it begins a semantic confusion in believing that the theory would protect the *improbis litigator*, which is not true.

To conclude, it is essential to reinforce the need, despite the different dimensions of *Garantismo*, to (re)value the condition of crime victim. Taking the victim seriously and going beyond condemning the guilty but establishing the State's concern with providing psychological and medical protection, and in other areas, so that the victim can have minimally dignified treatment.

Not only must the punishment of aggressors be recognized as a right of the victim, but also the need for medical and psychiatric treatment, at the expense of the offender or the State, must be recognized as a fundamental right.

⁴⁴ FERRAJOLI, L. "O garantismo e a esquerda". In: BELO, T.V. (org.). *Garantismo penal no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, ebook.

The preservation of the victim's name and image, especially in the 'society of the spectacle', constitutes a relevant right that state norms need to regulate.

The way in which the victim should be treated in court is also a cause for concern, especially in sexual crimes. The European Court of Human Rights, in a 2015 precedent, in the case *Y vs Slovenia* (application n. 41.107/10), ruled that the interrogation of the victim of a sexual crime must be conducted in a way that balances the rights of defense and respect to her dignity and must not serve to discriminate, intimidate, or humiliate her.

Recently, in Brazil, after the well-known 'Mariana Ferrer' case – an alleged victim of rape, who, during her hearing in court, among other absurdities, was questioned by the defendant's lawyer why she had published on her social networks photographs in bathing suits, among other embarrassing questions that are irrelevant to the process –, it took place legislative reform with the aim of protecting the victim's right to adequate treatment at a hearing, with the Code of Criminal Procedure now having the following wording:

“Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas”.

It is essential to create a culture of protection and respect for victims, as a way of materializing fundamental rights. *Garantismo* must also advance to the express admission of other perspectives and powers of the victim beyond the traditional criminal process. Restorative justice, or the possibility of, if the victim wishes, speaking to the offender in order to understand the criminal behavior, or a permission for the victim's family to deliver the court with a statement about the

consequences of the crime⁴⁵; medical and psychiatric treatments supported by the offender or the State - all measures must be considered within *Garantismo*.

It is also not appropriate to interpret that *Garantismo Penal* would be exclusive to defendants and other spheres of *Garantismo* would protect victims. The punishment of guilty defendants is a direct materialization of *Garantismo* and can only occur through a criminal proceeding. It is therefore not appropriate to exclude the victim from the sphere of protection of *Garantismo Penal*.

A different power given to crime victims took place during the 2022 FIFA World Cup in Qatar. After the arrest of a certain individual for the offense of stealing a mobile phone, the police informed the victim that they would have the power to decide between a 5-year prison sentence or the extradition of the offense⁴⁶. Interestingly enough, the victim chose not to decide and just wanted his belongings back.

Taking the victim seriously is the central challenge of our proposal. Not only criminal punishment, or the validation of legal norms, but care for the psychological aspect of crime victims and the repercussions on their families must be an object of concern in any legal system.

It is undoubtedly inappropriate to exclude the victim from *Garantismo*⁴⁷. An ideal 'guarantist' model requires the correct logical application of norms, which

⁴⁵ On the topic, see the book by DALRYMPLE, T. *Podres de mimados*. Editora Abril, São Paulo, 2015.

⁴⁶ G1. "Polícia pede que repórter argentina assaltada no Catar escolha a pena do ladrão". Available at: <https://g1.globo.com/mundo/copa-do-catar/noticia/2022/11/21/apos-ser-assaltada-no-qatar-policia-pede-para-que-reporter-decida-pena-do-ladrao.ghtml>. Access in: 20 mai. 2024.

⁴⁷ Obviously, it is essential to be very careful not to trivialize the condition of victim. Daniele Giglioli is deeply critical when he states: 'The victim is the hero of our time. Being a victim gives prestige, demands attention, promises and promotes recognition, and activates a powerful generator of identity, rights, and self-esteem. It immunizes against any criticism, guarantees innocence beyond any reasonable doubt. How could the victim be guilty, or rather, responsible for anything? She didn't do it, it was done to her.

Don't act, suffer. In the victim, absence and demand, fragility and pretension, desire to have and desire to be are articulated. We are not what we do, but what we suffer, what we can lose, what we have been deprived of. Palinody of modernity, with its onerous injunctions: walk upright, leave the state of minority (one for all - Kant, What is Enlightenment, 1784).

Instead, the opposite adage applies: minority, passivity, impotence are a value, and all the worse for those who act. If the criterion that discriminates the just from the unjust is necessarily ambiguous, whoever is with the victim never makes a mistake. In a time in which all identities are in crisis, or are manifestly false, being a victim gives way to a supplement of the self". In: GIGLIOLI, D. *Crítica da vítima*. Belo Horizonte: Ayine, 2016, p. 19.

is why impunity, bad faith and procedural chicanery are not measures or situations that can technically be called *Garantismo*. As in the epigraph above, it is not about joy or happiness; no one should be happy about crimes being committed or guilty defendants facing punishment, but we cannot live on illusions and false joy; the penal system has been failing in all its missions.

4. GARANTISMO AS A RELEVANT WAY OF IMPLEMENTING HUMAN RIGHTS, BUT NOT THE ONLY WAY. FRAGILITIES AS A MEANS OF DEFENDING DEMOCRACY

The perfect formula for calculating justice would mean its end, once and for all. (Katharina Gräffin Von Schlieffen)

It is important to highlight from the outset that human rights are the civilizational achievement of our time. As difficult as it may be to define or implement them, the reality is that the main difference, from a constitutional or international point of view, between the present time and other eras of humankind is that there is a reserve of rights nowadays that cannot be negotiated.

The inspiration of Antigone, the resistance to the bewitching song of the sirens by Ulysses, the theory of *cláusulas constitucionais pétreas* (*clausula immutable*), the sad history of slavery, the experience of Nazi-facism, all of this took humanity to a level of rationality in the sense that certain practices should never again exist.

Ferrajoli's constitutional *Garantismo* is a theory with aspirations of universality based on logics, with the recognition of a sphere of the undecidable and another sphere of the decidable.

Despite Ferrajoli's brilliance, human rights can never be reduced to *Garantismo*. Other theories, such as hermeneutics, can also contribute to the project of implementing human rights.

The complexity of human rights means that more theories are needed to not only provide a justification for them, but also to make their implementation viable. The tight separation between government and guarantee functions, in Ferrajoli's theory, protects the individual from the excesses of guarantee

institutions, but leaves them with their hands tied against omissions by political institutions in implementing fundamental rights.

It is not easy to subject 'wild powers' (*poteri selvaggi* or *poderes salvajes*), economic or political, to law. Historical experience reinforces the idea that law can be manipulated at the whim of those in power⁴⁸.

Tobias Barreto highlights:

“It is necessary to bring conviction to the minds of those who are opinionated. You don't drive the iron into the heart of the wood with a single blow from a hammer. It is necessary to knock, knock a hundred times and repeat a hundred times: law is not a son of the ceo, it is simply a historical phenomenon, a cultural product of humanity. *Serpens nisi serpentem comederit, non fit draco* - the serpent that does not devour the serpent does not become a dragon, the force that does not overcome force does not become right; law is force, which killed force itself⁴⁹.

A product of humanity and not of heavens, legislated law is placed on the vicissitudes of biases, heuristics, and whims of the human condition. It is up to legal professionals to have the arduous task of serving as a shield against mere economic or political interests (masqueraded as legal) that attempt to violate human rights. The illusion of perfect legislation has already been overcome by years of lobbying and poor parliamentary choices.

It is true that, as in twilight, we have difficulties to see clearly; when applying law, theories often obscure the meaning of justice. Ferrajoli is a positivist, not a paleojuspositivist, as he likes to remember, however, such a choice does not only bring virtues, the justice of the case at hand can be disregarded in favor of a more global vision of security and predictability.

Every theory has its blind spot and its degrees of arbitrariness. Ferrajoli emphasizes:

⁴⁸ Faoro highlights: '(...) power - nominally popular sovereignty - has owners, who do not emanate from the nation, from society, from the ignorant and poor people. The boss is not a delegate, but a business manager, business manager and not an agent. The State, through cooptation whenever possible, through violence, if necessary, resists all assaults, reduced, in its conflicts, to the conquest of senior members of its general staff'. In: FAORO, R. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 2008. p. 837.

⁴⁹ BARRETO, T. *Estudos de direito*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 354.

I think that the maximum duration of the prison sentence, whichever crime is committed, could be reduced very quickly, to a short period of time, to 10 years and perhaps, to a medium term, to a shorter period of time; y that a constitutional norm should sanction a maximum limit, let's say, of 10 years⁵⁰.

Why would 10 years be the limit, as a maximum penalty? What is a rationally demonstrable basis for setting this ceiling? Recently, Ferrajoli himself changed his opinion and started to adopt the maximum term of 20 years by providing, in the draft Constitution for the Earth (*Per una Costituzione della Terra*)⁵¹, the following statutory provision:

Article 23 - Humanity of the Penalties

Penalties must not consist of treatments contrary to the sense of humanity.

The death penalty, the perpetual sentence, corporal penalties, infamous penalties and imprisonment for a duration exceeding twenty years will not be admitted.

Ferrajoli was unable to rationally explain the original 10 years maximum sentence nor its replacement by 20 years. A vulnerability or just one example of arbitrariness in your theory?

Any change, no matter how rational it may be, takes time to be culturally assimilated⁵². Spurious interests are always present in any democracy, once State and society are made up of men (and women). The change in law based on ideological interests and without democratic support, or human rights, must be controlled⁵³.

⁵⁰ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*: (...) Ob. Cit., p. 414.

⁵¹ FERRAJOLI, L. *Por una constitución de la terra*. Madrid: Trotta, 2022, p. 141.

⁵² An interesting example was the evolution of the ordeal system towards more rational evidence: 'The exchange of supernatural evidence for human evidence was painful. Historian John Langbein suggests why: "It is almost impossible for us to imagine how difficult it must have been for the simple people of that time to accept this substitution. The question that springs from their lips is: "you, who are nothing more than a mere mortal like me, who are you to preside over my trial?". Angelo takes on this uneasiness in Measure for Measure when he reflects on "the laws / that thieves pass for thieves" (2.1.22-23). The question of how fallible human beings that instead of God, they would discover the facts remained a crucial theme at the time Shakespeare was writing". In: YOSHINO, K. *Mil vezes mais justo: o que as peças de Shakespeare nos ensinam sobre justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 105.

⁵³ An example of the curious change in the choice of the US Supreme Court is reported by João Carlos Souto, when recalling a very important and recent episode in the nomination for the court: 'Regarding the nomination and inauguration of Amy Barret less than 40 days before the election for the White House, it is inevitable to remember Merrick Garland, appointed in March 2016 to fill Scalia's seat on the Supreme Court and who the Republican majority in the Senate did not even give him chance to be heard. Mitch McConnell, Senator from the state of Kentucky and leader of the Republican Party since 2006, obstructed Obama's nomination on the grounds that 2016 was

An important theme in *Garantismo* is Ferrajoli's critique of ethical objectivism. In the 21st century, there is no index. Furthermore, the complexity of modern societies and multiculturalism corroborate relativism. The author states:

“Precisely because democratic constitutionalism recognizes and intends to protect the moral, ideological and cultural pluralism that covers every open and minimally complex society, the idea that this is fused into some moral objectivity, which expresses some claim to objective justice, clashes with its same principles, starting with freedom of conscience and thought. Ethical non-cognitivism and the separation between Law and morality, which form the presupposition of guaranteeing constitutionalism, are, therefore, the presumption and at the same time the main guarantee of moral pluralism and multiculturalism, and that is the decision of coexistence pacification of many cultures that compete in the same society. But it is also the assumption and the main guarantee of the subjection of jueces to the law and of their independence, in the face of ethical-judicial knowledge, originating from the extraña Dworkinian idea that there is always a «single fair» or ‘correct’ solution, identified as the most recognized and widespread in jurisprudential practice”⁵⁴.

This central point in the ‘guarantist’ logic is a source of great controversy. If, in fact, the idea of pluralism provokes the need for respect and tolerance for different legitimate ways of life, this finding does not mean that some of them are not compatible with civilized societies.

An example of a primitive and unjustifiable practice from the point of view of a minimally civilized society is the practice of removing children's clitorises, still present in some parts of Africa. It is necessary to recognize that there are fundamental rights that overcome the test of decontextualization, that is, even if there is a different valuation of a certain right in Brazil, China, or India, something

a presidential election year and it seemed reasonable to let the electorate have their say. The argument used in 2016, eight months before the election, when a Democrat was at the head of the Executive and the Republicans had a majority in the Senate, was disregarded with Barret's nomination, 35 days before the selection of the new occupant of the White House and with approximately 65 million voters have already voted in advance in the 2020 election in which Joe Biden emerged as the winner’. In: SOUTO, J.C. *Suprema Corte dos Estados Unidos: princípios decisões*. 4º ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 103.

⁵⁴FERRAJOLI, L. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. In: *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 29.

must be confirmed. This allows demonstrating the existence of fundamental rights beyond the constitutional text and the invariability of these rights.⁵⁵

It is true that the recognition of this invariance is not a priori, but, on the contrary, it is constructed based on intersubjective control and linguistic constraints.

Obviously, there are real cases that are difficult to resolve, involving conflict of rights and multiculturalism. Dieter Grimm has compiled an interesting catalog of cases:

Can a Sikh motorcyclist demand that he be exempted from the general obligation to wear a helmet by appealing to the religious obligation that weighs on him from wearing a turban?

Is it appropriate to require a Jewish prisoner to accept the prison's general ranch or be offered kosher food?

Do you have the right to a Muslim worker to briefly interrupt his work activity to perform the prayers prescribed by his religion?

Can a worker be fired for not attending to his job on the days when the highest festivities of his religious community are celebrated?

Should a worker dismissed for such a reason lose the unemployment benefit?

Should Jewish traders be allowed to open their businesses on Sunday, given that they cannot do so on Saturday because religion prohibits it?

Do you have the right to an Islamic student to be exempted from the physical education class in the co-education regime because it is not allowed to show up in sports attire to people of the other sex?

Can you bring Islamic students to class?

What happens when it's not about students, but about teachers at a public school?

Does it require a different rule for Catholic nuns than for Muslim teachers?

Can immigrants be required to bury their dead in accordance with the prescriptions of their religion, without complying with the general funeral law regime in force in the country of shelter?

⁵⁵ Miguel Reale highlights: '[...] the diversity of hierarchically distributed values assumes different conjunctural configurations, and we must speak of different types of invariants demarcating spiritual horizons, corresponding to the epochal spirit which in classical antiquity was predominantly ontological; in the Middle Ages it was fundamentally theological; in the Modern Era, it is decidedly gnoseological, just as in the contemporary era it has a growing axiological sense'. In: REALE, M. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108.

It is possible to demand that the German authorities of a foreigner who is going to be expelled from her country of origin put the fleece in a photo, with the argument that the country that is going to receive it will only recognize the photos of the women who took the fleece ?

Should the diffusion be supported in German cities through loudspeakers of muecín calls and prayers, in the same way as the ringing of Christian church bells is allowed?

Are priests allowed to refuse, for religious reasons, a dead man who is in danger of death from receiving a blood transfusion?

Should foreigners be allowed to treat animals in accordance with the commandments of their religion, even though it contradicts the national rules for the protection of animals?

Can foreign priests, according to their cultural customs, deprive their daughters of higher education or marry them without their consent?

Is it necessary to provide for a dispensation from obligatory schooling when the educational purposes of the public school contradict the value conceptions of a certain cultural collective?

Should polygamy of immigrants be authorized in the country of shelter when it is permitted in their country of origin?⁵⁶

Is it possible to speak of ethical relativism in resolving these cases, or are there universal values for the 21st century⁵⁷? Are we talking about universalization or westernization of human rights? Is there a single correct answer to each of these complex questions or is it a mere choice of options at the free will of those who will decide the cases?

On the other hand, is the position that denies ethical objectivism compatible, in light of Ferrajoli's most recent work *Constitution for the Earth*? By establishing a constitution for all human beings, does the demonstration of such a possibility not contradict the thesis of the non-existence of ethical objectivism?

In *Per una Costituzione della Terra*, Ferrajoli proposed the following statutory provision:

Article 7
Universality, indivisibility and unavailability of fundamental rights

⁵⁶GRIMM, D. "Multiculturalidad y derechos fundamentales". In: DENNINGER, E. & GRIMM, D. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007, pp. 54-56.

⁵⁷Defendendo valores universais: GABRIEL, M. *Ética para tempos sombrios. Valores universais para o século XXI*. Editora Vozes: Rio de Janeiro, 2022.

The fundamental rights to life, physical and psychological integrity, freedom, health, education, livelihood, security and the free development of the person, are universal rights that correspond to all human beings, and therefore indivisible and unavailable.

Son of interest of each of its holders and of the public interest of all humanity. They are not susceptible to negotiations or resignations on the part of their holders.

The way the above provision reads, including the legal paternalism of prohibiting the resignation of its holders, is much closer to the position that defends ethical objectivism than to the relativist thesis, always defended by constitutional *Garantismo*.

The texture of the provisions suggested by Ferrajoli ends up, in a paradox with *Garantismo*, leaving room for the application of proportionality.

It is true that we are unfortunately witnessing a globalization of crisis with serious violations of rights in almost all countries around the world. 'Wild powers' are increasingly uncontrollable. Even worse than being exploited is the risk of a large part of the population becoming economically irrelevant⁵⁸.

This irrelevance can be heightened by the randomness of an individual's place of birth, since this factor directly interferes with the set of rights that, in practice, are guaranteed to them⁵⁹. The great complexity of the migrants' situation, of the *heimatlos*, serves as a harsh test for the theory of the universalization of human rights.

Beyond a question of nationality, it cannot be denied that humanity, consciously or not, acts in a way that materializes global *aporophobia*, as Adela Cortina rightly argues:

In fact, the feeling that political refugees and poor immigrants arouse in any of the countries cannot be called xenophilia. It is by no means an attitude of love and friendship for the foreigner. It is also not a feeling of

⁵⁸Harari notes: 'Perhaps in the 21st century popular revolts will be directed not against an economic elite that exploits people, but against the economic elite that no longer needs them. Maybe it's a losing battle. It is much more difficult to fight against irrelevance than against exploitation'. In: HARARI, Y.N. *21 lições para o século XXI*. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 19.

⁵⁹The result of this legal discrimination is that the citizenry, obviously, of the richest countries, has transformed into the ultimate privilege of status linked to an accident of naissance; in the last factor of exclusion and discrimination by birth and in the factor of inclusion and equality, as it was in the origins of legal modernity; in the last premodern remainder of the legal differentiations of personal identities; in the last irresuelta contradiction with the affirmed universality and equality of fundamental rights'. In: FERRAJOLI, L. *Manifesto por la igualdad*. Madrid: Trotta, 2019, Ebook.

xenophobia, because what produces rejection and aversion is not that they come from outside, that they are from other races or ethnicities, that they do not bother foreigners because they are foreigners, but rather that they are that come to complicate the lives of those who, for better or worse, are defending themselves, that do not, apparently, bring resources, but rather problems.

It is the poor who are bothersome, the ones without resources, the helpless, who seem to be unable to bring anything positive to the GDP of the country in which they arrive or in which they have lived for a long time, which, apparently, at least, will not bring more than what complications⁶⁰.

Recognizing this sad state of affairs is not a form of nihilism, nor a lack of faith or hope in the human rights project, but simply the realization of the profound distance between *Garantismo* or human rights to what actually happens in the lives of a significant number of people.

At this point, the argument that *Garantismo* is an ideal, theoretical model, and that in real life there are only degrees of *Garantismo*, does not legitimize the perversion of the real. Even though an ideal model is almost impossible, we cannot normalize so many violations to rights in the real model.

An important – and indispensable – point is the application of human rights also between individuals⁶¹.

Increasingly, the violation of fundamental rights occurs through acts of individuals, so it is more than necessary to establish ways to contain such abuse.

⁶⁰CORTINA, A. *Aporofobia: a aversão ao pobre um desafio para a democracia*. São Paulo: Contra Corrente, 2022, Ebook.

⁶¹Firstly, the asymmetry between the inevitably local character of state powers and powers, which is not at the height of the global character of economic and financial powers; secondly, conflicts of interest and the different forms of corruption and conditioning through political lobbies; Thirdly, the incontainable hegemony of neoliberal ideology based on two powerful postulates: the conception of economic powers as freedoms and of economic laws of the market as natural laws¹⁸. From there the transformation of politics into technocracy, this is, in the expert application of the laws of the economy by «technical» governments¹², they obtain legitimization of the markets, and to the markets -much more than the parliaments, parties and social forces - rinden accounts. Then the replacement of the political and democratic government of the economy by the economic and, obviously, democratic government of politics, as asked, thanks to the vacancy of the role of parliaments and of the different forms of personalization and verticalization of political systems, the survey of legal and constitutional limits and bonds. The impotence of politics in the face of markets corresponds to a renewed omnipotence of politics at the perjury of the fundamental rights of citizens, which is manifested in an open aggression, to face the crisis, against the social state and elsewhere -bajo: on one side, against public services and social rights, on the other, against the rights of workers, some and others constitutionally guaranteed'. In: FERRAJOLI, L. *Iuria paria*. Madrid: Trotta, 2020, Ebook.

The reality of surveillance capitalism⁶² demands a new expansion of human rights.

Ferrajoli advocates a new right in article 19 of his Constitution for the Earth:

Article 19

Immunity from technological impositions Nadie can be subjected to automated decisions, based solely on algorithms, relating to her persona and which in any way affect her life.

The need for protection in the face of new technologies and in relation to Artificial Intelligence⁶³ are spaces that require a coherent construction of rights, in order to shield humanity against new vulnerabilities. The manipulation of interests, tastes, and preferences, without human beings being able to question or understand their alienation, is one of the most dangerous forms of dehumanization of our time.

The era of algorithms has just begun, and we can already see how much humanity has lost contact with each other. The time we spend today in front of mobile phones, tablets, and other types of screens, from children to the elderly, is frightening enough to justify legal intervention.

⁶²Surveillance capitalism unilaterally claims human experience as free raw material for translation into behavioral data. While some of this data is applied to improving products and services, the rest is claimed as owner behavioral surplus, fueling advanced manufacturing processes known as "machine intelligence" and manufactured into predictive products that anticipate what a given individual would do. now, soon and later. Finally, these prediction products are traded in a new type of market for behavioral predictions that I call future behavior markets. Surveillance capitalists have accumulated enormous wealth from these business operations, as many companies are eager to bet on our future behavior'. In: ZUBOFF, S. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Rio de Janeiro, Intrínseca, 2021, Ebook.

⁶³In the year 2020, the Secretary General of the UN commented that a mandate had been given for the States to develop a standard instrument on ethics in artificial intelligence instead of carrying out separate initiatives and this will be presented at the General Conference at the end of the year 2021. In response, UNESCO presented at the end of the year 2020 the first eraser to the member States⁶⁴. Among the recommendations are based on ethical principles and values to achieve a framework that covers the following aspects: (1) damage avoidance, (2) safety and protection, (3) equity and non-discrimination, (4) sustainability, (5) privacy, (6) human supervision and determination, (7) transparency and explanation, (8) responsibility (9) awareness and literature and (10) multiactors, adaptive governance and collaboration.' (GONÇALVES, Ruben Miranda. *Inteligencia artificial y derechos humanos: una solución a los conflictos éticos y morales a través de una regulación normativa futura*. In: MIRANDA GONÇALVES, R. & PARTYK, A. *Artificial intelligence and human rights*. Madrid: Dylinson, 2021, pp. 69-70.

Thomas Vesting warned about the evolution of the gentleman to *homo digitalis*:

These observations lead once again to an important aspect of the argument elaborated in this book: liberal practices of thinking, experimenting, working and producing constitute valuable assumptions for an agitated culture ready for transformation, without which there is no new knowledge, nor technical progress, nor economic prosperity. This book concludes with *homo digitalis*, but nothing allows us to assert that, with him, the dynamism of Western civilization could have reached its peak or even its historical outcome. Artificial intelligence, machine learning, genetic engineering, neurobiology, nanotechnology-based production of synthetic materials, three-dimensional printing technologies, personalized health diagnostics, the employment of self-adaptive robots, the connection between biotechnology and information technology - all these technological innovations and inventions of the 21st century are just at the beginning of their possibilities for evolution. It may be uncertain to what extent technological progress will continue to be accompanied by global economic growth comparable to that of traditional industrial society. But one thing seems quite likely: the social laboratory of the mind, which has so intensely marked creative man's ways of working and living since the beginning of the Modern Age, will not be closed in the foreseeable future. However, one may wonder where on the globe this laboratory will pitch its tents in the future⁶⁴.

Once again, we can see that Ferrajoli was right in recognizing the incompleteness intrinsic to *Garantismo*, as a way of having plasticity for new relationships. The debate, which includes ancient and indispensable fundamental rights, such as freedom of expression, becomes far more complex when the internet is involved.

The possibility of private companies summarily deleting private accounts is a much greater power than simply being a vehicle for disclosure. In practice, Big Techs have a real capacity to influence and change the public debate of ideas. Such consideration reminds us about the absolute need to control *poteri selvaggi*.

The horizontal effectiveness of fundamental rights (despite the US state action doctrine) is necessary and fully compatible with Ferrajoli's theory.

It is impossible to conclude this work without making some considerations about the recent events that took place in January 8th of 2023 in Brazil, when the

⁶⁴ VESTING, T. & GENTLEMAN, G. *Homo digitalis*. São Paulo: Contra Corrente, 2022, p. 343.

headquarters of the three branches of federal government in Brasília, especially the Supreme Court, were completely destroyed by citizens who did not agree with the result of the presidential election the year before and considered themselves legitimized to, through violence, modify the rule of law.

Bobbio, in the preface to 'Law and Reason', already warned:

It is not accidental that in the final pages Ferrajoli cites with honor the «precious librito» of Ihering *La lucha por el derecho*, in which the fight for the *derecho* presents itself as a *deber hacia nosotros mismos y hacia los demás*.

It is not accidental that on the same page the principle of «social guarantee», stated in the art, is recovered with honor. 23 of the French Constitution of 1793, defined as the «action of all to ensure each one enjoys and conserves their rights». Paradoxically, to conclude, even the most perfect guarantee system cannot find in itself its own guarantee and requires active intervention on the part of individuals and groups in the defense of rights that even when they are always normatively declared are effectively protected⁶⁵.

Garantismo depends on individuals. We should not expect heroes, but institutions that can represent civility and respect for others, as well as fundamental rights. If what characterizes democracy is much more free dissent than free consensus⁶⁶, disagreements cannot be resolved with recourse to force or coercion; after all we do not find ourselves in a Hobbesian state of nature.

There is no simple solution to complex problems. There are several causes that can be identified for the phenomenon that broke out on January 8th of 2023 in Brazil. The big question is how to prevent this from happening again. How can democracy and human rights be protected against abuses of any of the powers and the violence of those who do not accept the results of elections, despite no concrete evidence of any fraud in the electoral election?

Popper's paradox of tolerance, by demonstrating the mistake of being tolerant towards the intolerant, does not have the answer as to what would be the appropriate behavior to resolve the problem, as reactions need to occur within the rules of the game.

⁶⁵ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. (...) Ob. Cit., p. 19.

⁶⁶ FERRAJOLI, L. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

There is no legitimacy to act outside the legal rules, and Ferrajoli - a declared pacifist, against the recognition of Americans' fundamental right to bear arms - would never approve the use of physical violence. Therefore, it is impossible to classify what was seen in Brazil as 'guarantist'⁶⁷.

The Nazi experience imprinted on human rights a hope that certain practices would never be repeated throughout history. While it is true that every generation is free to decide its own fate, there are historical achievements that should not be questioned⁶⁸. It is painful to have to justify and enforce such basic human rights as equality and non-discrimination.

The hope is necessarily that ideological and natural differences will be resolved through dialogue and that everyone's fundamental rights will be respected. If it is true that constituent power can resurface at any time, it is precisely in times of crisis that both the normative power of the constitution and its insufficiencies are tested.

It is hoped that January 8th - a day of infamy - will not be forgotten or treated based on ideological biases. It must be the starting point for a

⁶⁷ Ferrajoli included in his "Constitution for the Earth" a specific statutory provision placing the right to peace as a fundamental right:

Article 32

The right to peace

The right to peace is a fundamental right of the pueblo de la Tierra, of all the pueblos of the world and of all human beings.

Its guarantee is an absolute obligation of all public institutions, both state and global

⁶⁸ Conversely, Bockenforde argues: 'If it is the way in which this decision is made, if it is accepted that these questions are not susceptible to decision, I am not willing to decide in reality that a decision is not taken, but that is decided in an indirect way, they are, in The sense of maintaining the status quo is that of not acting on this ground. And this is happening not because of the will of the mayor, in any case because of a small minority, who have managed to successfully impose the 'inability to vote' and who obtain with it a privilege that is contrary to democratic equality.

If this thesis of the existence of questions in the susceptibles of solo decision is directed against the decision-making power of the representatives elected by the pueblo, proposing its dismissal in favor of a direct decision of the pueblo, it will be a thesis defensible within the scope of politics constitutional, but it will no longer be an inconsistent thesis. The decision of the pueblo is also taken by majority vote. If it is directed against every possibility of decision in general, taking it as an example in which a similar decision could put to harm the unity of the community, or in which it could exert a massive pressure on the consciences, then what is being done is poner in question the assumption of democracy in a pueblo, this is the existence of that harmful and relative homogeneity, and therefore this pueblo is a believer of a distinct form of government. But it can also be an expression of the illusion, proper to an apolitical mentality, from which a community can elude its political implication by thinking that for existentially serious political decisions it postulates for itself the utopia of a free discourse'. In: BOCKFORDE, E.W. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 98.

recommitment to the constitution and human rights, reminding us that violence is not the appropriate way to resolve differences in civilized societies.

Finally, we must remember the provisional nature of any theory, after all, deciding definitively on the provisional and presenting certainty in uncertainty⁶⁹, the criticisms of *Garantismo* had the objective of improving the theory. Academics and scientists usually say that when there are good answers it's time to change the questions. However, in the legal system, the anguish of injustice and the way to better regulate human life persist, despite all the effort already made waiting for a theory and a practice that can reconcile the general and the particular. Perhaps we expect far too much from the Law or even from human beings, after all, we have long stopped understanding the world we live in.

Garantismo is not a panacea for resolving the serious dilemmas of the human condition, but it attempts to create mechanisms for limits and links between public and private powers in favor of human rights, pacifism, and the construction of a less unequal society. This virtue and good faith must always be highlighted, regardless of any disagreements about how to achieve these objectives.

Ferrajoli can be considered a dreamer or naive, but the search for peaceful coexistence and universal peace (since Kant) should be the aim of all legal professionals. The divergences raised are only in how to obtain a better human condition and preservation of fundamental rights. The hope that, one day, the human rights project will truly be implemented, and society can evolve as a whole must not be reduced, despite the fact that human beings, increasingly, through their terrorist actions, shootings in schools, climate change, the threat of nuclear and biological war, and so on make the human rights discourse seem like just a fictional dream.

⁶⁹ VON SCHLIEFFEN, K.G. *Iluminismo retórico contribuições para uma teoria retórica do direito*. Curitiba, Alteridade, 2022, p. 30.

5. CONCLUSIONS

The choice to study *Garantismo* was motivated by the theoretical and practical relevance of this theory in Brazil. Effectively, there is no possibility of debating the Brazilian criminal process without addressing the meaning of guarantee.

A methodological analysis was carried out seeking to answer the following problems: what does the expression truth mean for *Garantismo*? Does the word 'guarantee' only cover fundamental rights of the defendant in criminal proceedings, or does it also encompass the rights of the victim and society?

Ferrajoli's arguments for these questions were exposed, distinguishing between probabilistic factual truth and legal truth, always opinative; the logic of the process as a space of protection for the weakest, and so on.

It is uncontroversial that the theory of *Garantismo* is not static, with room for expansion necessary to update the guarantees and realities of human rights. It must be recognized that Ferrajoli's *Garantismo* is a well-intentioned proposal that seeks to materialize fundamental rights, placing the individual at the center of the order, in addition to the search for making freedom and equality compatible in a broader way.

Recognizing such merits does not mean that there are not powerful weaknesses in the author's theory.

A serious contradiction present in the theory is the simultaneity of criticisms of an ethical objectivism in terms of establishing substantive law, and a procedural objectivism regarding the scope and extension of guarantees that cannot be defined universally, since Ferrajoli chooses to a formal definition of the topic.

Without resorting, like Kelsen, to a fundamental hypothetical norm or using moral values as defining criteria for human rights, there is, in Ferrajoli's theory, an argument that can explain theoretical norms.

The axiomatic attempt in *Garantismo* – especially the entire third volume of *Principia Iuria*, has the original sin of not explaining the axioms. Now, if there

are axioms, there are spaces for objectivism. The criterion of universality is also not adequate, because mistaken ideas can have at a given historical moment the character of universality.

Ferrajoli is completely opposed to plea bargaining, but this is a universally accepted form of proof, even recommended in international treaties to fight organized crime.

It is curious how the extension of *Garantismo* can sometimes reach unforeseen issues.

Recently, the Supreme Court in Brazil, within the scope of the Car Wash Operation, annulled a case on the grounds that the defendant has a right to make final arguments after the whistle-blowing defendant. Subsequently, there was a legislative change guaranteeing the right of a defendant and his/her defense team to speak, in all times during the proceedings, after the whistle-blower. Now, if, for *Garantismo*, the use of plea bargain is prohibited *a priori*, this debate can be carried out in the light of any theory except with an argument based on *Garantismo*.

A serious weakness is also the disregard for hermeneutics. It is wrong to imagine that the legal text is synonymous with the norm and that serious legal problems and possible gaps will only be resolved with legislative changes. Such a solution is a legitimate option, but it brings serious problems.

In fact, one problem is summarized in the Radbruch formula. These are not about metaphysical options or plurivocal concepts; but preventing, as in the Noara case⁷⁰, a mother from saving her child's life, due to a lack of legal provision, is a consistent weakness of *Garantismo*.

Excessive judicial activism and the option for neoconstitutionalism with a reflection on principled constitutionalism has a more appropriate solution for the Noara case, although it generates another order of problems.

The subjectivism of the principle of proportionality, no matter how much Alexy has tried to work with scientific rigor, is revealed by the 'balancing formula'

⁷⁰ Case judged in Seville, Spain, where the law expressly prohibited organ donation by minors. Noara, a minor, became a mother and had to donate a piece of her liver to her daughter. Within a guarantor conception, along the lines proposed by Ferrajoli, there would be no space for the judge to decide against the law. Fortunately, the court ruled against the provisions of article 4 of Law 30/1979 and made the transplant viable.

and the value attributed to the fundamental rights in conflict (whether in the abstract or in the case at hand). Now, as these values are not fixed in advance, being subject to the interpreter's voluntarism, a reasonable degree of subjectivism in power is undeniable.

Ferrajoli sheds light on the risk of an 'interpretative anything goes' and makes an original criticism by stating that consideration does not focus on principles or norms, but rather on facts. However, he does not propose any technique for solving subjectivism nor does it resolve, with the idea of considering facts, how to find the appropriate decision.

Between the extremes, opposed by Ferrajoli, of principled constitutionalism and 'guarantist' constitutionalism, a balance must be found in which not all judicial activism is permitted, but not everything is, on the other hand, prohibited.

Another relevant criticism is the inability of *Garantismo* as a way of protecting democracy. The advancement of totalitarian positions in politics, despite being contrary to *Garantismo*, which cannot be adequately eliminated within theory, refers to a weakness in relation to the protection of human rights. Furthermore, wild powers seem increasingly immune to the control of any regulation. In other words, *Garantismo* manages to expose the mistakes and weaknesses of many theories contrary to the law, but it cannot, in itself, shield democracy and the law from serious setbacks.

Despite these weaknesses, the propositions made by *Garantismo* can be improved as a way of protecting fundamental rights, in all their dimensions (or generations), in the face of deviant or malicious individuals.

The necessary expansion of the *Garantismo* model should begin by taking the truth seriously. With all the probabilistic and opinion limitations, the truth must have, in the system, a compatible treatment as a *conditio sine qua non* of an adequate legal system. It is not being 'guarantist' to normalize impunity or the punishment of innocent defendants.

In the complex society we all live in, criminal evidence is also becoming increasingly invasive. Simply stating the total unconstitutionality of such evidence

or of a consensual criminal process is to exclude *Garantismo* of a significant number of trials in our time.

The questions chosen as a research guide were intended to move towards identifying the need to expand *Garantismo*. It is not constitutionally appropriate to interpret criminal rights and guarantees as merely protecting the rights of defendants.

On the contrary, concern for the victim's rights is 'guarantist'. This is not a question of mistakenly weighing the prevalence of the rights of the defendant or victims, or of thinking that expanding one necessarily implies reducing the other. On the contrary, when jurisdictions are going to legislatively design their criminal process and law model, they need to establish legal rules that take into account this two-pronged nature.

Legislative rules should always protect defendants from the State's arbitrary actions and simultaneously encompass the victim's legitimate desires, since she is protected by this same system. The concern with establishing good faith for all procedural parties (judges, prosecutors, defense lawyers and victims) as a condition for the application of norms is a civilizing mechanism and needs to be implemented with provision for sanctions for those who misrepresent or act without fairness.

Finally, at no time is there a defense of superpowers for the Judiciary, or that there could be a "supremocracy" or the lack of importance of the legal text. The horseshoe metaphor serves to prove that the extremes are closer than they seem. The realization of justice cannot dispense with the humanity of judges. Of course, not all judges are Solomon, nor are they the wicked judge in the case of the widow in the parable narrated by Luke. It turns out that our laws are also not divine, they are the result of man and, therefore, have the ineliminable mark of error in their text.

It is a supernatural pretension to establish a method, or a theory, whose application always allows justice to be done or human conflicts to be adequately regulated. *Garantismo* failed, but it still serves as an excellent starting point, waiting for new pages to write its story, with the possibility of using the Korean

Kishōtenketsu technique⁷¹ and not the traditional Western hero's journey that, through hope in a leader believes that all the dilemmas of the human condition will be resolved.

There are no good guys or bad guys, defeated or victors, in legal theory. *Garantismo* is an important theory and deserves to be discussed, debated, and applied. In human rights, more important than the theory itself is preventing Heraclitus' river from flowing into Humanity's sad human past. More than the dream of a better tomorrow, we need to respect the idea embodied in the expression "Never Again".

In spite of and beyond *Garantismo*, what is crucial is to find a balance between the respect for the rights of defendants, victims and society, and that the truth - in the sense of acquittal of the innocent or conviction of the guilty - is the result in real life. We could wish that criminal proceedings were not necessary, because there were no crimes and people understood the notion of tolerance and respect for human diversity and complexity. As this utopia - perhaps materialized in the famous song 'Imagine', by John Lennon - is a distant ideal, everyone has the difficult task of trying to civilize the violence and pain inherent in the all-too-human facts that are brought to trial before a criminal judge.

The various dimensions of *Garantismo* attempt to materialize a humanist project that limits public and private powers and links them to human rights. Von Ihering's struggle for Law cannot have an end and the construction of a democracy that respects sustainable development and global peace are pretensions that, respectfully, seem incompatible with the denial of ethical objectivism or with a merely formal concept of human rights, such as those proposed by Ferrajoli.

The courage to recognize that there are no simple and infallible solutions to the distressing issues that were addressed in this article does not mean that everything is lost or that there is no way, but if, as Brazilian singer Renato Russo

⁷¹The citation is not for the metric option in four acts (introduction, development, twist and reconciliation), but for the characterization of the complexity of a non-linear script, with new possibilities being added and the need to revisit old beliefs.

once stated, “today sadness is not temporary (...) tomorrow is another day”. We must hope that human rights will become a universal and winning practice.

6. REFERENCES

- ANDRADE, M.F. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BADARÓ, G.H. *Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: RT, 2022.
- BARRETO, T. *Estudos de direito*. Brasília: Senado Federal, 2004.
- BOCKFORDE, E.W. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- CASARA, R. Eficientismo repressivo vs Garantismo penal: onde fica a Constituição? In: BASTOS, M.L. & AMORI, P.S.M.C. (org.). *Tributo a Afranio Silva Jardim*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- CORTINA, A. *Aporofobia: a aversão ao pobre, um desafio para a democracia*. São Paulo: Contra Corrente, 2022.
- FAORO, R. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 2008.
- FENOLL, J.N. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo*. Madrid: Trotta, 1998.
- FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista in un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- FERRAJOLI, L. *O garantismo e a esquerda in Garantismo penal no Brasil*. VIANNA, T. (org). Belo Horizonte, Fórum, 2013.
- FERRAJOLI, L. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FERRAJOLI, L. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta, 2019.
- FERRAJOLI, L. *Iuria paria*. Madrid: Trotta, 2020.
- FERRAJOLI, L. *Por una constitución de la terra*. Madrid: Trotta, 2022.

- FERRAJOLI, L. *A construção da democracia: teoria do grantismo constitucional*. Florianópolis: Emais, 2023.
- FISCHER, D. & PEREIRA, V.F. *As obrigações processuais penais positivas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.
- GIGLIOLI, Danieli. *Crítica da vítima*. Belo Horizonte: Ayine, 2016.
- GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. In: DENNINGER, E. & GRIMM, D. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007.
- HABERLE, P. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 2008.
- HARARI, Y.N. *21 lições para o século XXI*. São Paulo: Companhia das letras, 2021.
- MARTINS, F. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MIRANDA GONÇALVES, R. & PARTYK, A. *Artificial intelligence and human rights*. Madrid: Dylinson, 2021.
- PICO Y JUNOY, J. *El juez y la prueba*. Bosch: Barcelona, 2007.
- REALE, M. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROXIN, C. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2007.
- SARMENTO, D. “Direitos fundamentais, Constituição e direito internacional: diálogos e fricções”. In: PIOVESAN, F. & SOARES, I.V.P. (coord.). *Impacto das decisões da corte interamericana de direitos humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SENNA, G. *Combate à má governança e à corrupção*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.
- SOUTO, J.C. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 4º ed., São Paulo, Atlas, 2021
- TARUFFO, M. *Hacia la decisión justa*. Peru: Zela, 2020.

- UGARTE, P.S. “Dos versiones de un garantismo espúrio en la jurisprudência mexicana”. In: UGARTE, P.S; REGLA, J.A. & LINERA, M.A. *Garantismo espúrio*. Madrid: Fundacion Coloquio Juridico Europeo, 2009.
- VESTING, T. & GENTLEMAN, G. *Homo digitalis*. São Paulo: Contra Corrente 2022.
- YOSHINO, K. *Mil vezes mais justo: o que as peças de Shakespeare nos ensinam sobre justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ZILLI, M. “A justiça disputada e a justiça consensual: os modos de solução do conflito penal”. In: SALGADO, D.D.R; KIRCHER, L.F. & QUEIROZ, R.P. (coord.). *Enredos e intersecções proposta para uma tipologia in justiça consensual: acordos penias, cíveis e administrativos*. São Paulo: Jusppodivm, 2022.
- ZUBOFF, S. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

@ **Direito e Linguagem**, Ordinário nº 01, vol. 01, pp. 57-82, 2024
·ISSN – 3020-898X ·DOI: 10.5281/zenodo.12520430

O acesso ao judiciário pela justiça e a Tragédia dos Comuns *The Judiciary's access to justice and the Tragedy of Commons*

Oksandro Osdival Gonçalves¹

Universidade de Lisboa e Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Anderson Ricardo Fogaça²

Universidade Federal do Paraná

Sumário: 1. Introdução. 2. O acesso à justiça como um direito fundamental. 3. O excesso de acesso à justiça. 4. Tragédia dos Comuns no acesso à justiça. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

Resumo: O artigo enfrenta o magno tema do acesso à justiça sob o ângulo da Tragédia dos Comuns, tese inicialmente defendida por Garrett Hardin no âmbito da ecologia, mas que depois ganhou aplicação em vários outros ramos, inclusive no Direito. Demonstra o texto que se criou o paradoxo do acesso à justiça, pois ao se permitir o livre acesso ao sistema judiciário houve o seu assoreamento e, como consequência, o excesso acaba impedindo que se tenha justiça. Assim, paradoxalmente o acesso acabou criando o efeito oposto daquele que se pretendia conseguir. O texto não se contenta em apresentar apenas os problemas, mas também possíveis soluções que possam garantir a celeridade na prestação jurisdicional e uma justiça efetiva. Nas palavras de Rui Barbosa, na sua “Oração aos Moços”: “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Palavras-chave: Tragédia dos Comuns; Acesso à Justiça; Efetividade e eficiência; Risco moral; Demandas frívolas.

Abstract: The article addresses the major issue of access to justice from the perspective of the Tragedy of the Commons, a thesis initially defended by Garrett Hardin in the field of ecology but which later gained application in several other

¹Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor Titular da mesma instituição. Advogado.

²Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Desembargador Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) e Desembargador Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE).

areas, including law. The text demonstrates that the paradox of access to justice was created because, by allowing free access to the judicial system, it became silted up, and, as a consequence, the excess ends up preventing justice from being obtained. Thus, paradoxically, access ended up creating the opposite effect of what was intended to be achieved. The text is not content with presenting only the problems but also possible solutions that can guarantee speedy judicial provision and effective justice. In the words of Rui Barbosa in his "Prayer to Young Men": "Delayed justice is not justice, but qualified and manifest injustice". **Keyword:** Tragedy of the Commons; Access to Justice; Effectiveness and Efficiency; Moral Hazard; Frivolous Demands.

1. INTRODUÇÃO

O artigo trata de um tema ainda pouco explorado na área jurídica, a Tragédia dos Comuns, inicialmente desenvolvida sob a ótica ambiental, mas que pode ser transposta para várias situações que envolvem o uso e exploração de recursos escassos como é o caso do orçamento destinado ao Poder Judiciário.

Não existe qualquer dúvida a respeito da dimensão do assoreamento da via destinada ao acesso à justiça, questão que vem sendo detalhada através dos relatórios cada vez mais completos desenvolvidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), denominados Justiça em Números.

Na primeira parte o texto aborda o acesso à justiça como um direito fundamental, tripartido em três incisos do artigo 5º da Constituição Federal: (i) inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (ii) inciso LXXVIII "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"; e, (iii) inciso LXXIV: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Se por um lado o acesso é garantido, de outro é preciso que o processo necessário seja célere e, caso necessário, seja acompanhado da gratuidade.

A segunda parte trata do problema do excesso ao acesso à justiça, especialmente em função dos litigantes ilegítimos, aqueles que utilizam o sistema judicial através de demandas frívolas, desnecessárias e muitas vezes sem amparo no bom direito. Assim, o excesso de acesso pode não levar à justiça, um valor fundamental para qualquer indivíduo.

A terceira parte aborda a Tragédia dos Comuns, demonstrando a sua ocorrência no âmbito da prestação jurisdicional, com o assoreamento do Poder Judiciário e a ineficácia do processo em razão do uso desmedido dos recursos escassos. Demonstra-se que o uso excessivo pode levar ao colapso da estrutura sobre a qual está assentado o princípio do acesso à justiça.

O ensaio utilizou a pesquisa bibliográfica e alguns dados disponibilizados pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, de forma a desenvolver um raciocínio hipotético-dedutivo adequado ao objetivo traçado³.

2. O ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O acesso à justiça foi enunciado na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, conforme inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, praticamente reproduzindo o conteúdo da Constituição Federal de 1946, que no artigo 141, §4º, previa: A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. Entre as duas constituições tem-se, ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que também previu o acesso à justiça como um direito essencial a todo ser humano.

Todavia, o acesso à justiça no âmbito constitucional não pode ser reduzido a uma declaração solene⁴ constantemente violada. Além disso, o surgimento de novos protagonistas sociais até então relegados a um segundo plano contribuiu para que o acesso à justiça fosse enfrentado de modo a deixar de ser uma garantia solene para tornar-se uma garantia efetiva; protagonizando uma passagem da abordagem estritamente formal para uma abordagem material preocupada com a concretização, mas do que com a sua enunciação legislativa.

³FOGAÇA, A.R. & GONÇALVES, O.O. “Acesso à justiça e a tragédia dos comuns”, *Direito, ação & jurisdição: estudos em homenagem a ministra Rosa Weber*. Ejud-PR, Curitiba, 2023.

⁴A respeito: BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 25.

Um estudo protagonista nessa matéria foi o chamado “Projeto de Florença”, capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁵, mas que contou com a colaboração de profissionais das mais variadas áreas do conhecimento – sociólogos, economistas, cientistas políticas, antropólogos e psicólogos – de modo a conferir uma visão holística do tema, o que contribuiu para a transformação do próprio conceito de acesso à justiça.

Esse mesmo estudo propôs abordar o tema a partir da ideia de “ondas”:

- (a) Primeira onda: o cerne neste ponto foi a discussão em torno de possíveis barreiras econômicas prejudiciais ao acesso;
- (b) Segunda onda: o cerne neste ponto foi a representação em juízo dos direitos difusos; e,
- (c) Terceira onda: o cerne neste ponto foi a exequibilidade dos chamados direitos sociais.

O contexto no qual se encontra inserido o acesso à justiça passa, portanto, por no mínimo três transformações integrativas, ou seja, a terceira onda não negou as duas ondas anteriores, mas somou-se a elas. Dessa forma, torna-se um valor básico do ordenamento jurídico brasileiro, uma “expressão jurídico-constitucional (mediante a incorporação ao direito positivo, na condição de direito objetivo) de uma determinada ordem de valores comunitária, não podendo ser reduzidos a direitos (posições subjetivas) individuais”⁶.

De forma complementar, o legislador constitucional aprovou em 2004, através da Emenda Constitucional nº 45, a inclusão do inciso LXXVIII que trata do tempo no processo, enunciando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Portanto, o acesso à justiça ganha um novo contorno que passa a preocupar-se não somente com a exclusão do acesso, mas também com duração do processo. A celeridade passa a acompanhar o acesso à justiça, ambos elevados à valores constitucionais da comunidade brasileira.

A morosidade na entrega da prestação jurisdicional passa a ser, então, uma forma de violação dos direitos fundamentais do cidadão, atraindo para o

⁵No Brasil a obra foi publicada e assim ficou conhecida: CAPPELLETTI, M., GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Ed. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988.

⁶SARLET, I.W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p. 108.

Poder Judiciário uma obrigação que já não se resume mais à garantia do acesso à justiça por meio da supressão ou mitigação de possíveis barreiras econômicas, mas que passa a estender-se para um momento subsequente, o da efetividade.

Assim, não basta garantir o acesso à justiça, é preciso que haja efetividade, que o processo seja célere, que a entrega da prestação jurisdicional seja rápida e que a morosidade seja reduzida.

Neste sentido, cumpre destacar o acórdão lavrado pela Ministra Rosa Weber quando apreciou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPC) em que se discutia a autonomia administrativa, financeira e funcional da Defensoria Pública, ocasião em que se reafirmou que o acesso à justiça é um “direito fundamental e elemento estruturante do Estado de Direito”, concluindo pelo repasse obrigatório de verbas para manutenção do sistema de assistência judiciária:

(...) 2. Os direitos fundamentais processuais, percebidos e reconhecidos como categoria jurídica, representam não apenas um mínimo essencial para a defesa dos cidadãos frente a atuação do poder estatal, apresentado pelo Poder Judiciário, mas, antes, um conjunto permanente e imutável de direitos de um sistema civilizado de administração da justiça. 3. O acesso à justiça deve ser reconhecido como um direito efetivo, e não uma mera perspectiva teórica e abstrata. É certo, contudo, que barreiras há a dificultar, quando não a obstaculizar, o acesso efetivo e adequado ao sistema de justiça geral. Essas barreiras consistem em problemas sociais, estruturais, econômicos e mesmo jurídicos, na medida em que o direito de acesso ao judiciário implica custos financeiros, culturais e sociais. 4. A reivindicação dos direitos, notadamente das pessoas hipossuficientes do ponto de vista social e financeiro, é tarefa que compõe o direito de acesso à justiça, o qual é categorizado como o direito aos direitos, e o desenho da administração da justiça. Sem o adequado conhecimento dos direitos e sem estruturas e técnicas processuais adequadas, os direitos fundamentais individuais, coletivos ou sociais, são quimeras e abstrações, destituídas de significado jurídico e normativo. 5. O papel de garantia da assistência judiciária de qualidade técnica e, por conseguinte, da tutela do direito de acesso à justiça (em concepção ampla), que envolve os direitos fundamentais processuais e os meios adequados para a reivindicação dos direitos, é desempenhado, na ordem constitucional brasileira, pela figura da Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da Constituição Federal. 6. A ordem constitucional brasileira previu a figura da instituição da Defensoria Pública como medida necessária e indispensável para o incremento da realização do direito de acesso à justiça. O papel da Defensoria Pública, enquanto órgão de Estado essencial para o funcionamento da justiça, foi decidido por esse Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.903. 7. O art. 168 da Constituição Federal (Os recursos correspondentes às dotações

orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º), pretendeu resguardar a higidez do orçamento destinado às Defensorias Públicas, por meio da técnica do repasse obrigatório dos recursos por duodécimos. Técnica responsável por garantir a efetividade do princípio da independência funcional e financeira dessa instituição. Precedentes – ADPF 384 e ADPF 339-PI. 8. O desenho de autonomia financeira é voltado para a proteção da interferência indevida do Chefe do Poder Executivo em outros Poderes e órgãos (ou instituições) de Estado. O argumento de contingenciamento de gastos públicos não pode ser usado como instrumento de barganha política contra outros poderes e instituições, sob pena de deturpação e captura do Estado de Direito. 9. O afastamento da incidência da regra plasmada no art. 168 da Lei Maior, bem como dos precedentes judiciais afirmados, pode ocorrer quando presente causa excepcional. Tal exceção consiste na hipótese de frustração de receita líquida arrecadada pelo ente federado, de modo a impossibilitar o cumprimento das obrigações financeiras e orçamentárias. Não comprovação no caso. 10. Acordo extrajudicial formulado. Objeto consistente nos valores retidos dos duodécimos relativos aos exercícios financeiros de 2017 e 2018. Disposições patrimoniais. Cumprimento do acordo com o pagamento das parcelas vencidas. Perda de objeto superveniente quanto ao pedido. 11. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. (STF - ADPF: 504 MT, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 20/10/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 26/11/2020).

Embora reconhecido o caráter estruturante do acesso à justiça para o Estado Democrático de Direito, os sucessivos relatórios denominados “Justiça em Números” apontam em sentido oposto ao da norma constitucional, pois se de um lado os números expressivos parecem denotar que o acesso à justiça sob a perspectiva da entrada tem sido satisfatório, pelo lado da saída (aqui entendida como a fase em que a prestação jurisdicional é entregue às partes) denota-se o oposto, com elevadas taxas de congestionamento e um grande heterogeneidade entre os Tribunais Estaduais, tornando esse direito fundamental algo vinculado à sorte, sem guardar relação com o direito constitucional fundamental, mas com o acaso e a incerteza. Do mencionado relatório destaca-se o trecho relacionado ao tema do artigo:

5.1.1 ACESSO À JUSTIÇA Esta seção trata da demanda da população pelos serviços da justiça e das concessões de assistência judiciária gratuita nos tribunais. Em média, a cada grupo de cem mil habitantes, 11.339 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2021, conforme Figura 61. Houve aumento em 9,9% no número de casos novos por mil habitantes em 2021, em relação a 2020. Nesse indicador, são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos executivos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de

cálculo, as execuções judiciais iniciadas. Os mesmos dados por tribunal podem ser visualizados na Figura 63. O estado de Minas Gerais, apesar de figurar como tribunal de grande porte em todos os segmentos (TJMG, TRT3 e TRE- -MG), é, entre os de grande porte, o que apresenta a menor demanda por habitante, salvo no caso do TRE-MG, que figura em quarta posição. Na Justiça Estadual, é curioso observar que a maior e a menor demanda por habitante se situa na Região Norte, sendo o TJRO (15.972) o mais demandado, e o TJPA (3.169) o menos demandado. Na Justiça trabalhista, os índices variam de 501 (TRT16) a 1.905 (TRT2). Na Justiça Federal, o único com demanda acima do patamar de 2.500 casos por cem mil habitantes é o TRF da 4ª Região, que abrange os estados da Região Sul do País. A Figura 62 relaciona os processos arquivados e que tiveram concessão de assistência judiciária gratuita com o número de habitantes. Verifica-se uma diminuição na série histórica em 2020, com manutenção do patamar alcançado em 2021, chegando-se a 2.197 arquivados com assistência judiciária gratuita por cem mil habitantes. Os números ainda estão afastados da série histórica quando se compara com o período anterior à pandemia. As informações por tribunal constam na Figura 64⁷.

O mesmo estudo concluiu que houve, em 2022, um aumento de 2,3 pontos percentuais no número de casos de concessão de assistência judiciária gratuita em relação ao ano de 2021. Por outro lado, o relatório enfatiza o uso de ferramentas para a “justiça digital”, sob a perspectiva de um programa denominado “Justiça 4.0”, que busca a transformação digital e a atuação inovadora no âmbito do Poder Judiciário voltada ao acesso à justiça⁸.

Em certa medida, é o reconhecimento de que o problema atual que circunda o acesso à justiça não se encontra mais posicionado na entrada, mas na saída, pois, o que se busca é acessar à justiça e não apenas o processo. De fato, não é possível confundir acesso à justiça com o simples acesso ao processo. É preciso compreender que o processo é o meio, mas que o resultado que se busca é a justiça. Desse modo, busca-se resgatar a ideia central que

⁷CNJ. *Justiça em números 2022*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2024.

⁸15. Ainda sobre o tema “Justiça 4.0”, destaca-se o conteúdo da p. 19 do relatório: “O Programa Justiça 4.0: inovação e efetividade na realização da Justiça para todos tem como finalidade promover o acesso à Justiça, por meio de ações e projetos desenvolvidos para o uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias e inteligência artificial. É um catalizador da transformação digital que visa a transformar a justiça em um serviço (segundo o conceito de justice as a service), aproximando ainda mais esse Poder das necessidades dos(as) cidadãos(as) e ampliando o acesso à justiça. As inovações tecnológicas têm como propósito dar celeridade à prestação jurisdicional e reduzir despesas orçamentárias decorrentes desse serviço público. Essa iniciativa promoveu um rol de serviços judiciais de fomento à transformação digital, medidas que foram adotadas pelo Poder Judiciário em um ritmo acelerado durante a pandemia do novo coronavírus”. In: CNJ. *Justiça (...)*, Ob. Cit., p. 15.

ensejou a construção do princípio, qual seja, o de que a despeito de qualquer obstáculo o que se deve garantir ao cidadão é justiça célere^{9 10 11}.

Portanto, neste ponto é possível concluir que existe uma preocupação com a nova dimensão do princípio do acesso à justiça, qual seja, a da celeridade, que é tão importante quanto o acesso em si, por tornar concreto um direito até então entregue à simples solenidade e assim garantir a efetividade desse direito fundamental ao cidadão.

3. O EXCESSO DE ACESSO À JUSTIÇA

A lógica em torno da construção do princípio do acesso à justiça partiu da retirada das barreiras econômicas para ingresso no sistema judicial, estabelecendo-se a possibilidade do chamado “custo zero” para a propositura de qualquer demanda. Criaram-se as figuras da gratuidade de justiça, da assistência judiciária e da assistência jurídica, fruto de outra dimensão do acesso à justiça também contemplada constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Cumpre diferenciá-las:

A assistência judiciária consiste no patrocínio da causa por advogados, sejam eles componentes do Estado, integrantes de uma entidade com ele conveniada, de entidades privadas ou mesmo particulares atuando pro bono [...] sendo contemplado com a liberação dos pagamentos que normalmente o onerariam caso precisasse pagar pela representação. Coerente com a desejada ampliação de acesso à justiça, a Constituição Federal passou a prever, a partir de 1988 no art. 5º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O dispositivo constitucional aumenta o espectro de ferramentas aos necessitados: a assistência jurídica integral e gratuita implica não só na possibilidade de atuação em juízo, mas também na concessão de consultas para a regularização jurídica do indivíduo e no fornecimento de informações e documentos, dentre outras medidas que se possam revelar necessárias.[...] *A justiça gratuita*, por sua vez, pode ser compreendida

⁹Sobre o tema, indicam-se: WATANABE, K. “Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer”. In: DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, S. (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

¹⁰OLIVEIRA, R.N. *Assistência Jurídica Gratuita*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999, p. 73.

¹¹OLIVEIRA, R.N. “A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial”. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 609-644, p. 641.

como a isenção do recolhimento de custas e despesas (de ordem processual ou não) que se revelam necessário ao exercício de direitos e faculdades processuais inerentes ao exercício do devido processo legal [...] Assim, em síntese: (i) *assistência jurídica* é a orientação jurídica ao hipossuficiente, em juízo ou fora dele; (ii) *assistência judiciária* é o serviço de postulação em juízo (portanto, inserido na assistência jurídica) e (iii) *justiça gratuita* é a isenção de custas e despesas (seja diante do serviço prestador de assistência jurídica, seja diante do advogado privado)¹².

Inicialmente, não existe direito a “custo zero”. A todo direito corresponde um conjunto de custos que deve ser observado para garantir a eficiência do instituto que se pretende implementar e proteger. No caso da assistência judiciária, o custo está alocado no Estado que deve reservar verba suficientemente capaz de garantir o patrocínio das causas. Esse conjunto de recursos tem como fonte primária a arrecadação tributária que, ao ser destinada para essa finalidade, retira de outras possíveis destinações igualmente relevantes tais recursos, configurando um custo de oportunidade, ou seja, o custo que se incorre quando se faz uma opção diante de recursos escassos.

Com efeito, na consecução de direitos os recursos disponíveis não são infinitos, mas escassos, e a escolha por direcionar tais recursos para uma determinada finalidade, ainda que acobertada pelo manto dos direitos fundamentais, não é capaz de ocultar o fato de que aquele direito – no caso, o acesso à justiça – possui um custo¹³.

Segundo dados do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, o orçamento do Poder Judiciário para o ano de 2023 foi proposto em R\$ 59,7 bilhões de reais, destacando-se que 84,94% do orçamento destina-se a despesas obrigatórias com maior representatividade da folha de pessoal e benefícios, restando 15,06% para alocação em outras finalidades¹⁴.

Ainda que o orçamento seja relevante, o fato é que são recursos escassos que devem ser aplicados para garantir não somente o acesso pela via

¹²TARTUCE, F. & DELLORE, L. “Gratuidade da Justiça no Nova CPC”. *Revista de Processo*, vol. 236 (DTR\2014\10502), 2014, p. 03.

¹³Recomenda-se a leitura de: GALDINO, F. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

¹⁴CNJ. “Proposta orçamentária do Poder Judiciário para 2023 é aprovada pelo CNJ”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/proposta-orcamentaria-do-poder-judiciario-para-2023-e-aprovada-pelo-cnj>. Acesso em: 20 abr. 2024.

da entrada de um processo, mas, principalmente, garantir a integralidade da dimensão do princípio, ou seja, o acesso à justiça e não simplesmente ao processo.

Uma das dimensões do problema do acesso à justiça, portanto, reside no gerenciamento de recursos escassos. Todavia, ela não é única, porque o problema é multifacetado. Outra dimensão do problema reside no excesso do acesso à justiça.

A partir do momento que se permite o ingresso com qualquer tipo de demanda a custo baixo, a tendência é o aumento da judicialização e uma super utilização do acesso, neste ponto, visto como um bem público. De fato, para melhor estudar o problema é possível delimitar que se está diante de um mercado que, por sua vez, está sujeito às chamadas falhas de mercado, neste momento conceituadas como aquelas “situações em que a atuação em busca de seu puro auto interesse leva a resultados não eficientes”¹⁵.

O segundo ponto a destacar é o fato de que estamos diante de um bem público, entendido como um bem em que não há rivalidade de consumo, ou seja, a utilização das estruturas do Poder Judiciário por qualquer litigante não exclui da utilização outros litigantes. Trata-se de um bem não excludente em que não é possível excluir os beneficiários não pagantes que consomem aquele bem. Não é possível deixar de ver o acesso à justiça como o acesso a um tipo especial de bem que é a prestação jurisdicional.

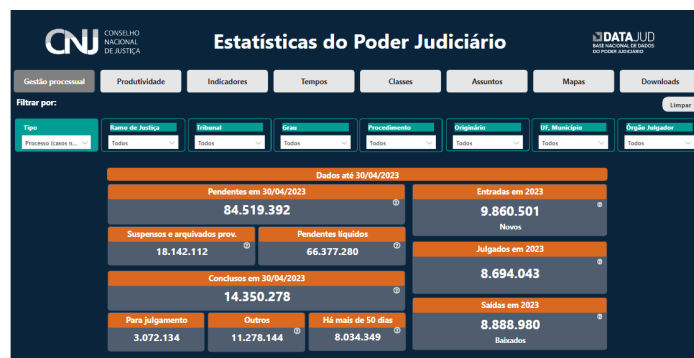
Na prática, todos os dias milhares de novas medidas judiciais são ajuizadas por litigantes pagantes e não pagantes, não sendo possível promover a exclusão dos não pagantes porque estamos diante de um bem público, tal como uma praça que pode ser acessada por qualquer cidadão independentemente de ele recolher ou não os tributos que são a fonte de recursos necessários à sua manutenção.

A esse conjunto soma-se o fenômeno do *free-rider*, ou seja, como (i) existem litigantes pagantes e não pagantes; (ii) os tributos possuem caráter universal; (iii) alguns pagam e outros não pagam, ou pagam menos tributos;

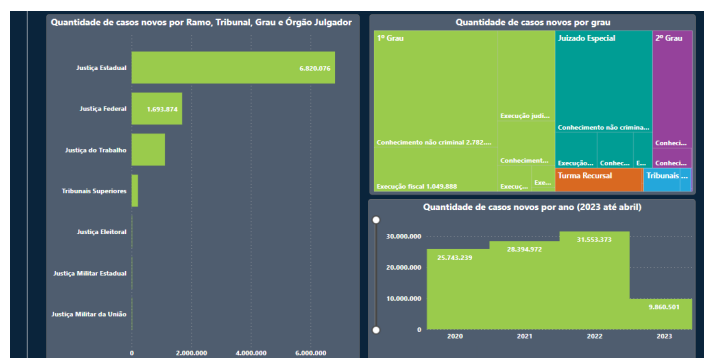
¹⁵PORTO, A.M. & GAROUPA, N. *Curso de análise econômica do direito*. Atlas, São Paulo, 2020, p. 67.

existem usuários consumindo o bem ‘acesso à justiça’ a custos baixos, o que estimula o aumento da judicialização de casos banais, irrelevantes ou frívolos.

Para dimensionar o problema é preciso recorrer aos números do CNJ – Conselho Nacional de Justiça¹⁶ para sua melhor compreensão, com dados de 30 de abril de 2023, ou seja, já desatualizados:



A maior concentração de casos novos¹⁷ situa-se na Justiça Estadual que é o local onde costumam desaguar a maioria das demandas do cidadão comum:



O CNJ indica um crescimento nas demandas a partir de janeiro de 2020, o que corrobora a utilidade do presente texto, afinal, o aumento de casos novos indica uma super utilização da estrutura judiciária e, conseqüentemente, pode aumentar a morosidade nos julgamentos, violando, assim, o princípio do acesso à justiça na dimensão protegida pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, que trata da celeridade da prestação jurisdicional:

¹⁶CNJ. *Estatística do Poder Judiciário*. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 25 abr. 2024.

¹⁷CNJ. *Estatística do (...)*, Idem.



A série identificada no gráfico acima demonstra que ele está muito acima da chamada linha média, indicando um grande aumento da litigiosidade.

O objetivo da menção aos dados visa anteceder o ingresso em um tema complexo e delicado, que envolve o paradoxo do acesso à justiça.

Paradoxalmente, o acesso à justiça de modo amplo e descontrolado acabou por violar ele próprio porque não é capaz de garantir o resultado útil ou a efetividade da prestação jurisdicional. Se, por um lado, todos podem acessar o mercado de litígios, alguns gozando de gratuidade ou algum tipo de assistência, de outro, o excesso de consumo desse importante bem público leva à super utilização e, conseqüentemente, à inefetividade¹⁸. Dessa forma, em parte é preciso tocar no processo de restrição ao acesso à justiça em alguma medida, porque o sistema, tal como posto atualmente, não é sustentável:

Nesse contexto, não dá mais para se defender o direito de ação de forma ilimitada ou se considerar absoluto o princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição de 1988, art. 5º, inc. XXXV) e, com isto, deixar-se de atentar para os efeitos deletérios que a ausência de restrições – sobretudo riscos – no acesso ao Poder Judiciário provoca. Assim, da mesma forma como a sociedade aprova medidas destinadas a evitar o desperdício em relação a recursos naturais (água, por exemplo), está na hora de se pensar em ações concretas visando ao uso racional dos serviços jurisdicionais. Desse modo, o eventual crescimento da demanda seria consequência da ampliação do acesso à justiça (entrada de novos usuários) e não da utilização intensiva e abusiva dos serviços do Judiciário pelos que já os utilizam¹⁹.

Sobre o tema, Guilherme Pignanelli destaca que a “garantia universal e irrestrita ao acesso à justiça pode levar a justiça alguma”²⁰. O autor não está desacompanhado neste ponto, pois é reconhecido pela doutrina que todos tem

¹⁸Vide a respeito, tratando da intensa judicialização em torno do fornecimento de medicamentos: BARROSO, L.R. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2007, p. 04

¹⁹TENENBLAT, F. “Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça”. *Revista CEJ*, Ano XV, n. 52, jan./mar., Brasília, 2011, p. 35. disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/1453>. Acesso em 18 abr. 2024.

²⁰PIGNANELI, G. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.

direito ao mesmo esforço estatal no julgamento dos seus casos²¹, e que se está colocando em risco a própria razão de ser do acesso à justiça, chegando ao já mencionado paradoxo de que o acesso excessivo trabalha contra o próprio acesso.

Por esse motivo, é preciso ponderar os *tradeoff*, que são as opções que o poder público terá que fazer em função dos recursos escassos que possui. Essas escolhas importam sacrifícios que devem ser sopesados para a tomada da decisão, que implique a melhor alocação desses recursos visando garantir o acesso à justiça sob a perspectiva da efetividade, ou seja, da entrega da prestação jurisdicional e não somente o acesso sob a perspectiva de que ingressou no sistema judiciário sem ter ideia de quando poderá sair dele.

4. A TRAGÉDIA DOS COMUNS NO ACESSO À JUSTIÇA

A partir das considerações anteriores, é preciso passar a enfrentar os problemas que cercam o acesso à justiça. Recorre-se, novamente, aos dados do CNJ para demonstrar que há um problema na entrega da prestação jurisdicional, o que acaba por afrontar o direito fundamental do acesso à justiça que, a esta altura, não pode mais ser confundido com o simples acesso ao processo. O tempo médio dos processos foi assim enunciando no painel de estatísticas do CNJ²²:

²¹“*Avalia-se, antes, a atividade jurisdicional na sua relação entre o esforço estatal oferecido a um caso concreto e o todo de processos judiciais (existente ou potencial) que também tem direito ao mesmo esforço. Nessa linha, considerada a escassez dos recursos estatais, o grau de efetividade outorgado a um único processo deve ser pensado a partir da necessidade assegurar a eficiência do sistema judiciário como um todo. Por outras palavras, a alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais (existentes ou potenciais). O serviço público “justiça” deve ser gerido à luz da igualdade e a otimização do que é prestado não pode olvidar a massa de processos existentes, nem os critérios para a administração mais adequada dos limitados recursos postos à disposição do ente público*”. In: ARENHART, S.C. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

²²CNJ. *Estatística do (...)*, Idem.



O tempo médio entre o início do processo e o primeiro julgamento é de aproximadamente dois anos, sendo maior na Justiça Estadual – 787 dias – do que na Justiça Federal – 724 dias – e na Justiça do Trabalho – 532 dias. O tempo médio para a primeira baixa na Justiça Estadual é de 971 dias, na Justiça Federal é de 771 dias e na Justiça do Trabalho de 660 dias. Por fim, se considerado o tempo médio do pendente tem-se aproximadamente o tempo de 4,61 anos. A maior quantidade de processos novos está situada nos Juizados Especiais, segundo a mesma fonte (2.272.335, em 30.04.2023).

A primeira consideração envolve os Juizados Especiais, criados pela Lei n. 9.099/1995 para o processamento e julgamento das causas cíveis de menor complexidade (art. 3º). Em sua estrutura existem juízes, conciliadores e juízes leigos, dependendo a estrutura do recrutamento destes últimos para a prestação jurisdicional. O rol de legitimados para utilizar a estrutura dos Juizados Especiais é bastante ampla, iniciando com as pessoas físicas, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, OSCIPs, sociedades de crédito ao microempreendedor.

Alguns fatores parecem contribuir para o acesso demasiadamente excessivo aos Juizados Especiais: (i) nas causas de valor até vinte salários-mínimos²³ dispensa-se a presença de advogados; (ii) se uma das partes comparece assistida por advogado, faculta-se a outra parte ter assistência judiciária; (iii) se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, a outra parte poderá ter assistência judiciária; (iv) previsão da não dependência do pagamento de custas, taxas ou despesas, salvo na fase recursal; (v) a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, salvo em

²³A partir de 1º de maio de 2023 o valor do salário-mínimo passou a ser de R\$ 1.320,00 (um mil trezentos e vinte reais).

caso de má-fé ou em segundo grau, quando poderá ser condenado a pagar custas e honorários de advogado entre 10% e 20% do valor da condenação ou do valor atualizado da causa; (vi) obrigatoriedade da implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária.

Há um grande conjunto, portanto, de fatores estimulantes da litigiosidade que justificam os elevados números de processos nos Juizados Especiais. A dispensa de advogado e a ausência de custas e despesas processuais representam dois importantes redutores dos chamados custos de transação²⁴ para litigar, o que acaba por estimular o acesso em excesso. De fato, de modo geral são levados a conhecimento do poder jurisdicional demandas muitas vezes desnecessárias ou frívolas porque foi eliminado o risco do litígio, ou seja, no momento de ponderar os fatores o indivíduo calcula, ainda que grosseiramente, os custos e benefícios daquela decisão. Ao verificar que está dispensado de constituir advogado e de que não existem custos para o acesso (ingresso), parece razoável presumir que a decisão será a escolha por litigar, afinal, eliminaram-se os riscos do litígio para aquele litigante. Ao final do litígio, caso seja derrotado, permanecerá na mesma situação em que se encontrava antes de iniciá-lo, deixando de sofrer, portanto, qualquer ônus derivado do risco de litigar.

A ausência de condenação em custas e honorários de advogado, a famosa sucumbência, também é um importante fator estimulante da litigiosidade, porque, novamente, estamos eliminando o risco do litígio, de tal sorte que o processo de tomada de decisão não envolverá uma análise mais acurada a respeito do direito que se pretende ver discutido.

O segundo fator reside na Lei n. 1.060/1950, que estabeleceu as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, obrigando os poderes públicos federal e estadual, independentemente da colaboração, por exemplo, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a oferecer acesso à justiça na dimensão postulação em juízo, o que enfatiza o aspecto de acesso ao processo, mas não à justiça propriamente dita, porque privilegia apenas o

²⁴COASE, R.H. "O problema do custo social". *Revista de Direito Público da Economia*. Vol. 7, n. 26, Belo Horizonte, abril 2009.

aspecto do ingresso e não o da prestação jurisdicional final que, conforme dados do CNJ acima explorados, acaba por assorear o Poder Judiciário.

Ainda no campo da concessão da assistência judiciária, consolidou-se na jurisprudência pátria a ideia de que a simples declaração de hipossuficiência é suficiente para garantir o acesso sem maiores perquirições.²⁵ Era orientação jurisprudencial representa um importante incentivo para o litigante que pretende ingressar com uma demanda sem maiores convicções a respeito do bom direito invocado, pois basta uma declaração unilateral para lhe garantir o acesso ao mencionado direito. Novamente tem-se um caso em que os custos de transação envolvidos são módicos ou inexistentes, o que acaba por contribuir para o ajuizamento de demandas frívolas ou desnecessárias.

É importante contextualizar o fato de que a Lei n. 1.060/1950 estava inserida em um momento histórico relacionado à primeira onda do acesso à justiça, que trata das barreiras econômicas²⁶, e no contexto da previsão contida na Constituição Federal de 1946. Historicamente, os dois dispositivos estão posicionados no contexto da Segunda Guerra Mundial e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de ser o momento em que novos atores sociais passam a ser reconhecidos ou começam a exigir esse reconhecimento. Dessa forma, o acesso à justiça passa a ser uma demanda praticamente universal.

Com a edição do Código de Processo Civil (NCPC), em 2015, parte da Lei n. 1.060/1950 foi revogada e o tema ganhou novos contornos, com intensa

²⁵O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 188, decidiu que a questão da justiça gratuita tem índole infraconstitucional. Assim, compete ao Superior Tribunal de Justiça fixar as diretrizes sobre o tema. Ao se analisar algumas decisões constata-se que a simples declaração é suficiente. A decisão a seguir é bem representativa do vasto conjunto de precedentes sobre o tema: *“PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. FAIXA DE RENDA MENSAL. CRITÉRIO ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE. 1. É assente na jurisprudência do STJ que a simples declaração de hipossuficiência da pessoa natural, ainda que dotada de presunção iuris tantum, é suficiente ao deferimento do pedido de gratuidade de justiça quando não ilidida por outros elementos dos autos. 2. Esta Corte Superior rechaça a adoção única de critérios abstratos, como faixa de renda mensal isoladamente considerada, uma vez que eles não representam fundadas razões para denegação da justiça gratuita. 3. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no REsp: 1836136 PR 2019/0263232-1, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 04/04/2022, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/04/2022)”. Na mesma linha, destacam-se, dentre outros: AgInt no AREsp: 1653878 SP 2020/0017568-6, AgRg nos EAREsp: 440971 RS 2013/0394356-9, AgInt no REsp: 1900902 DF 2020/0270000-3.*

²⁶Conforme já mencionado, a divisão em “ondas” foi realizada por: CAPPELLETTI, M. & GARTH, B. Acesso (...), idem.

discussão a respeito da gratuidade da justiça. Como é possível observar, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência e a legislação tratam assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade da justiça como uma espécie de “pacote” único, até mesmo com uma equivocada sinonímia que não nos compete, neste curto espaço, enfrentar.

O NCPC ganhou uma seção especial para o tema gratuidade da Justiça, partindo da premissa da “insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios”, conforme redação do artigo 98, caput. Novamente o foco está na primeira onda, ou seja, nas barreiras econômicas que possam impedir uma pessoa natural ou jurídica de litigar.

A gratuidade também funciona como uma redutora dos custos de transação porque parte do pressuposto de que o acesso ao Poder Judiciário faz parte de um bem público, em que o consumo por uma pessoa (o litigante) não reduz o bem para outra pessoa (outro litigante). A premissa, contudo, não é verdadeira. Embora seja um bem público, o acesso em excesso ao Poder Judiciário implica redução do bem para outros litigantes porque aumentará o tempo de duração do processo legítimo. Em outros termos, uma lide frívola ou desnecessária demandará um conjunto de recursos financeiros e de pessoas igual ou maior do que aquele esforço da mesma ordem para uma lide legítima, implicando, por conseguinte, na redução da qualidade do bem público denominado aqui de acesso ao Poder Judiciário. De fato, não há muita diferença em se apreciar uma lide legítima e relevante e uma lide frívola, desnecessária e que não deveria sequer ser objeto de apreciação, pois, ao final, todos tem direito a uma decisão fundamentada, outra mandamento de origem constitucional (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988).

Assim, mesmo lides ilegítimas deverão ser julgadas e receberão o mesmo tratamento destinado às legítimas, posto que, não é possível encerrar o litígio senão através de uma decisão fundamentada, o que, por conseguinte, impactará sobre a efetividade do processo e da justiça.

O artigo 99 do NCPC permite ao magistrado “indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade”, avaliação que estará sujeita à prova. Não obstante

essa possibilidade, fato é que o texto legal acaba por reafirmar criticamente o instituto sob a ótica da primeira “onda”, calcada apenas nas barreiras econômicas, pois utiliza a expressão “somente poderá indeferir” que indica claramente uma restrição ao indeferimento, o que leva a julgamentos das mais variadas ordens no plano jurisprudencial²⁷. O mesmo artigo reafirma novamente o instituto sob a sua ótica menos abrangente ao, no parágrafo 3º, reforçar que prevalece a presunção de insuficiência deduzida de forma simples.

Preocupante, ainda, o parágrafo 4º, do mesmo artigo, ao prever que mesmo quando fizer uso de advogado particular poderá fazer jus ao benefício da gratuidade. Esses dispositivos podem servir de verdadeiros incentivos ao litígio. Primeiramente, ao prever que o indeferimento somente poderá ocorrer se tiver elementos probatórios em sentido oposto e que a presunção é *iuris tantum*, condiciona o processo decisório inicial do magistrado que fica impedido de qualquer avaliação mais aprofundada sobre o pedido, nem mesmo um possível sinal de que há algo a se perquirir com a utilização de advogado particular serve de fundamento em razão da previsão legal. O segundo ponto reside no fato de que os próprios advogados podem estimular uma litigância frívola ou

²⁷Algumas decisões: (i) no sentido de que faixa de renda mensal não é um critério válido para apreciação da justiça gratuita: “(...) Esta Corte Superior rechaça a adoção única de critérios abstratos, como faixa de renda mensal isoladamente considerada, uma vez que eles não representam fundadas razões para denegação da justiça gratuita. 3. Agravo interno desprovido”. (STJ - AgInt no REsp: 1836136); (ii) no sentido de que ser empresário individual também não é critério para o indeferimento da justiça gratuita: “4. Assim, para a concessão do benefício da gratuidade de Justiça aos microempreendedores individuais e empresários individuais, em princípio, basta a mera afirmação de penúria financeira, ficando salvaguardada à parte adversa a possibilidade de impugnar o deferimento da benesse, bem como ao magistrado, para formar sua convicção, solicitar a apresentação de documentos que considere necessários, notadamente quando o pleito é realizado quando já no curso do procedimento judicial. 5. Recurso especial desprovido.” (STJ - REsp: 1899342 SP); (iii) enfocando o fato de que “somente poderá indeferir”, tem-se: “(...) Cinge-se a controvérsia a definir se é possível ao magistrado indeferir, de plano, o pedido de gratuidade de justiça, sem a abertura de prazo para a comprovação da hipossuficiência, e, por consequência, determinar o recolhimento em dobro do preparo do recurso de apelação. 3. Hipossuficiente, na definição legal, é a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com escassez de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios (art. 98, caput, do CPC/2015). 4. O pedido de gratuidade de justiça somente poderá ser negado se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão do benefício. Antes do indeferimento, o juiz deve determinar que a parte comprove a alegada hipossuficiência (art. 99, § 2º, do CPC/2015). (...)” (STJ - REsp: 1787491 SP); (iv) no sentido de que a propriedade de imóveis não impede a concessão da justiça gratuita: “(...) Declaração do imposto de renda com descrição de dois imóveis, na fração de 50%. Irrelevância. Patrimônio imobilizado, sem liquidez imediata. Precedente. Demonstrada a impossibilidade de arcar com as despesas processuais. Benefício concedido. Decisão reformada” Recurso Provido (TJ-PR 00709383320228160000).

desnecessária associando-se ao risco da parte que pretende representar. Assim, ajustam que se houver êxito os honorários poderão incidir sobre o valor recebido, ao passo que se não houve êxito ambos ficam em idêntica situação.

Portanto, ao menos inicialmente o litigante que invocar o direito à gratuidade a terá concedida, postergando-se a análise probatória para um momento secundário a depender da impugnação que o outro litigante poderá fazer, conforme disposto no artigo 100 do NCPC que, acaso acolhida, poderá levar à extinção sem resolução do mérito caso descumpridas as condicionantes previstas nos artigos 101 e 102 do NCPC.

Esse risco, contudo, é bem calculado, porque remete à situação similar àquela em que o litigante estaria se não tivesse formulado o pedido, exceto pelas custas que poderão ser cobrados mediante execução fiscal que, todavia, é muito ineficiente.

A pergunta a respeito do custo dos processos²⁸ não possui uma resposta simples, havendo controvérsia a respeito. Todavia, a Lei nº 10.522/2002 inaugurou a discussão em torno do tema ao prever, em seu artigo 20, que execuções fiscais poderão ser arquivadas se ajuizadas e sequer ajuizadas se ainda não o foram, quando o valor consolidado for igual ou inferior a R\$ 20 mil reais. Esse valor denota uma avaliação em torno do nível de utilidade envolvido no processamento de uma execução fiscal em valores inferiores àquele, bem como permite estimar que somente processos acima daquele montante justificam a movimentação judiciária e da própria Procuradoria da Fazenda Nacional.

No âmbito do Estado do Paraná, o tema foi regulado pelo Decreto Estadual n. 4060/2020 que autorizou o não ajuizamento de execuções fiscais em valores ainda superiores: I - R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), na hipótese de créditos tributários de qualquer espécie; II - R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), na hipótese de créditos não tributários”.

²⁸Uma das primeiras discussões objetivas e com dados sobre o tema foi: IPEA. *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862?mode=full>. Acesso em 30 abr. 2024.

Nos dois casos houve a substituição do processo judicial por outros meios como, por exemplo, a inscrição em dívida ativa e o protesto da certidão de dívida ativa. A justificativa empregada para os atos foi a observância dos critérios de eficiência administrativa, os custos de administração e de cobrança.

Como é possível observar, o problema reside no custo para o exercício do direito fundamental do acesso à justiça, franqueado tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, sejam elas de direito privado ou de direito público. Todavia, sopesando os custos e benefícios, decidiu o Estado pelo não ajuizamento, justamente porque concluiu que o nível de utilidade extraído de ajuizamentos inferiores àqueles montantes era baixo e, portanto, não compensava o custo do litígio.

Essa política pública estatal, voltada (i) ao acesso pleno com superação das barreiras econômicas e (ii) ao não ajuizamento de execuções fiscais gera, por outro lado, um problema de risco moral (*moral hazard*) que consiste, basicamente, na mudança de comportamento a partir do novo contexto verificado a partir de informações derivadas de uma lei (como as normas que desobrigam do ajuizamento de execuções fiscais, ou que tratam da gratuidade da justiça) ou da jurisprudência (quando decide favoravelmente à gratuidade em casos limítrofes).

Logo, um indivíduo pode alterar o seu comportamento ao tomar conhecimento de que o ajuizamento de execuções fiscais até certo valor está dispensado, passando, a partir de então, a assumir um risco calculado de não efetuar o pagamento de certos tributos. Sob a ótica do NCPC e da gratuidade da justiça, aquele indivíduo que estava inclinado a não demandar os serviços judiciários passa a considerar seriamente a possibilidade contrária ao cogitar a possibilidade de ser dispensado do pagamento das custas e demais despesas processuais, além dos honorários de sucumbência.

Em certa medida, há também um problema de seleção adversa, porque o Estado está selecionando incorretamente aqueles que podem acessar o bem público judiciário, permitindo que lides ilegítimas sejam propostas, onerando o sistema e causando verdadeiras inundações de ações judiciais. A consequência nefasta deste modelo é a imposição de externalidades negativas aos litigantes legítimos, que tem seu direito atingido em razão de se permitir que litigantes

ilegítimos acessem o sistema. Segundo este modelo, o litigante legítimo acaba por arcar com um custo superior porque aumenta-se o tempo para a solução do seu processo.

É o paradoxo do acesso, em que o excesso de acesso acaba por violar o próprio acesso à justiça. Esse paradoxo, ao extremo, poderá levar a que restem mais demandas ilegítimas do que o oposto.

A partir das considerações acima é possível concluir que estamos diante da Tragédia dos Comuns^{29 30 31} do Poder Judiciário, situação em que cada indivíduo, agindo de forma independente e levando em consideração apenas seus interesses pessoais acabam por esgotar um determinado recurso em razão do livre acesso ao sistema judiciário. Essa superexploração de recursos escassos leva ao esgotamento e ao colapso do sistema.

Eis o problema que se quer destacar no presente ensaio, o modelo atual de acesso à justiça poderá levar ao colapso estrutural do sistema judiciário violando, por consequência, o princípio do acesso à justiça. De fato, o princípio possui uma complexidade superior àquela limitada ao problema dos recursos financeiros que levam ao modelo de gratuidade, porque não se trata de acesso ao processo, mas à justiça, um valor muito superior que não tem sido observado na modelagem atual.

Em alguns julgados o tema começa a ganhar repercussão sob a ótica da utilização excessiva. O Supremo Tribunal Federal, apreciando regulamentação do Tribunal de Justiça de São Paulo, rejeitou uma ação direta de inconstitucionalidade reconhecendo a legalidade da medida que aumentava o valor das custas em razão do valor da causa sob discussão. Destaca-se o seguinte trecho por sua aderência ao presente artigo:

²⁹A respeito do tema, destaca-se inicialmente a obra de Hardin que, embora tenha uma matriz ecológica é perfeitamente aplicável à hipótese versada neste texto “The Tragedy of the Commons” de Garrett Hardin. In. HARDIN, G. “The Tragedy of the Commons”. *JSTOR Science*, vol. 162, nº. 3859, 1968. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Acesso em: 17 abr. 2024, pp. 1243–1248.

³⁰Outra autora que tratou do tema foi Elinor Ostrom, indicando-se para leitura e aprofundamento: OSTROM, E. et. all. “Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges”, *Science*, vol. 284, 9 de abril, pp. 278-282.

³¹Uma das melhores obras a respeito: ARAÚJO, F. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-baldios: o Problema Económico do Nível óptimo de Apropriação*. Almedina, Lisboa, 2008.

(...9 4. Os serviços públicos adjudicatórios são *bens comuns* que a comunidade política brasileira decidiu tornar acessíveis a todos, independente da disposição de pagamento. Contudo, a tentativa de responsabilizar unicamente o ente federativo pela manutenção da Justiça e, por efeito, toda a população, mediante impostos, sem o devido repasse dos custos aos particulares, *levaria necessariamente a um problema de seleção adversa entre os litigantes, com sobreutilização do aparato judicial pelos usuários recorrentes do serviço*. Portanto, não incorre em inconstitucionalidade a legislação estadual que acresce a alíquota máxima das custas judiciais àqueles litigantes com causas de maior vulto econômico e provavelmente complexidade técnica. 5. (...). 6. Lei estadual não incorre em abuso ou imoderação, de modo a ofender os princípios do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade, ao realizar majoração de alíquota em dois pontos percentuais, quando obedecem parâmetros construídos administrativamente pelo Conselho Nacional de Justiça com intensa participação popular. Anteprojeto da “Lei Geral das Custas Judiciais”. 7. Ação direta de inconstitucionalidade a que se nega procedência. (STF - ADI: 5612 DF, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 29/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/07/2020)

A abordagem da normativa paulista foi atacar justamente o elemento central da primeira “onda” do acesso à justiça, que foi a remoção das barreiras econômicas. Ao permitir a cobrança de custas judiciais em valor superior está impondo uma barreira econômica ao acesso, mas ressaltando que os litigantes “com causas de maior vulto econômico” devem pagar mais custas por essa razão. A decisão ainda presume que esse tipo de ação possui maior “complexidade técnica”, o que demandaria, ao menos em tese, mais esforço e tempo do magistrado para decidir o que, por outro lado, reduziria o tempo de atenção aos demais processos sob seus cuidados.

Em outras decisões, a Tragédia dos Comuns começa a ser invocada, por exemplo:

(...) Tragédia dos Comuns configurada pelo aqodamento recursal decorrente de utilização espúria de recurso que, mesmo acolhido, nenhum efeito prático produzirá. (TJ-SC - PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL: 50055768820208240018)

“(...) CONDOTA FIRME E ATIVA DO MAGISTRADO CONTRA O USO ABUSIVO E OPORTUNISTA DO ACESSO À JUSTIÇA. DISTINÇÃO ENTRE ACESSO À JUSTIÇA AUTÊNTICO E INAUTÊNTICO. LIÇÃO DE JÚLIO CESAR MARCELLINO JR. A UTILIZAÇÃO RACIONAL E ORIENTADA PELO INTERESSE PÚBLICO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DEVE COIBIR O OPORTUNISMO DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA, MALICIOSA E/OU DISPERSIVA, EM QUE O FATIAMENTO BUSCA OBTER GANHOS INCOMPATÍVEIS COM A ESTRUTURA NORMATIVA. EXTINÇÃO CORRETA. AUTOVINCULAÇÃO DA PARTE AO COMPORTAMENTO PROCESSUAL. DO CONTRÁRIO, OPERA-SE A ‘TRAGÉDIA DOS COMUNS’ (LIÇÃO DE GARRETT HARDIN E DE JOSÉ EVERTON DA SILVA). EXTINÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJ-SC 50052096720218240135)

Nessa mesma linha é possível salientar o importante papel desempenhado pelos honorários de sucumbência, que podem variar entre dez e vinte por cento, como regra, excepcionada a questão da Fazenda Pública (art. 85, NCPC). A fixação de honorários sucumbenciais é um desestímulo às demandas ilegítimas, porque esse tipo de litigante é obrigado a avaliar o risco da decisão de litigar, pois se trata de um custo relevante. Assim, no processo de tomada de decisão ele deve considerar o risco do litígio e pode, então, por entender que seu direito não é suficientemente consistente, optar por não litigar. Em sentido semelhante, destaca-se:

"Como o Direito Processual pode evitar as demandas frívolas? O principal mecanismo para esse desiderato é a transferência dos custos da litigância para a parte que restar perdedora. Assim, a um só tempo, é estimulado o ajuizamento de demandas de valor esperado positivo e também desestimulado o ajuizamento das ações frívolas. Em passagem anterior desta obra, já se explicou por que a regra inglesa, que determina o ressarcimento dos custos de litigância ao vencedor, desestimula ações judiciais quando o otimismo do autor está abaixo de certo patamar, ao passo que estimula ações quando o otimismo excede esse ponto. Sob a perspectiva da economia comportamental, a possibilidade de que o autor tenha de ressarcir os custos de litigância do adversário atrai o fenômeno da aversão a perdas, o elemento da teoria dos prospectos segundo o qual, a partir de um mesmo ponto de referência, perdas geram experiências mais significativas que ganhos equivalentes. A excessiva expansão da gratuidade de justiça, assim, constitui fator essencial para o estímulo ao ajuizamento de demandas frívolas".

Por mais que o tema seja delicado, é preciso repensar o modelo de acesso à justiça a partir de uma nova percepção, segundo a qual acesso não pode ser apenas entrada. É preciso repensar o modelo para compatibilizar com o princípio da celeridade da prestação jurisdicional. Pensar no acesso como entrada e negar a rapidez na solução implica violar o princípio do acesso à justiça que se pretende proteger.

5. CONCLUSÃO

O modelo proposto pela “Tragédia dos Comuns” é perfeitamente aplicável à denominada “crise do Poder Judiciário”, construída em grande parte em razão do uso desmedido do bem público em atenção apenas aos interesses

individuais, racionalmente pensados para auferir vantagem a partir da super utilização da estrutura judiciária brasileira.

O acesso à justiça não pode ser pensado apenas sob a dimensão da redução ou exclusão das barreiras econômicas, devendo evoluir para se prestigiar soluções coletivas (criação de um modelo de processo civil coletivo); sancionar aqueles que utilizam a estrutura judiciária de forma abusiva (demandas frívolas, desnecessárias ou ilegítimas); valorizar os instrumentos de incentivos disponibilizados pelo legislador para desestimular litigantes ilegítimos (custas, honorários de sucumbência, multas processuais) e desenvolver políticas públicas voltadas à racionalização do uso da estrutura judiciária (limitar o ajuizamento de execuções fiscais até certo valor).

O tema ganha contornos mais urgentes porque envolve a pacificação social, de tal sorte que a prestação jurisdicional célere é uma dimensão importante do princípio do acesso à justiça. Na sua ausência, a pacificação pode restar comprometida e o próprio conceito de sociedade ser objeto de rediscussão a partir de um paradigma de regressão de valores e direitos individuais arduamente conquistados.

Assim, reconhecer que os recursos disponíveis para se garantir o acesso à justiça são escassos e precisam ser utilizados com eficiência é um importante passo para se encontrarem soluções, aqui usadas no plural porque o problema é multifacetado e exigirá um conjunto de medidas e não medidas isoladas para ser solucionado.

O artigo não pretende esgotar o tema, mas trazer luz para a necessidade da rediscussão do princípio do acesso à justiça para se garantir mais do acesso ao processo, mas ao seu objetivo central que é a justiça.

6. BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, F. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-baldios: o Problema Económico do Nível óptimo de Apropriação*. Almedina, Lisboa, 2008.
- ARENHART, S.C. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

- BARROSO, L.R. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2007.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Campus, Rio de Janeiro, 1992.
- CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Ed. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988.
- CNJ. *Relatório Justiça em Números 2022*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2024.
- COASE, R.H. “O problema do custo social”. *Revista de Direito Público da Economia*. v. 7, n. 26, Belo Horizonte, abril 2009.
- FOGAÇA, A.R. & GONÇALVES, O.O. “Acesso à justiça e a tragédia dos comuns”, *Direito, ação & jurisdição: estudos em homenagem a ministra Rosa Weber*. Ejud-PR, Curitiba, 2023.
- FUX, L. & BODART, B. *Processo Civil e Análise Econômica*. Grupo GEN, Rio de Janeiro, 2020.
- GALDINO, F. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- HARDIN, G. “The Tragedy of the Commons”. *JSTOR Science*, vol. 162, nº. 3859, 1968. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Acesso em: 17 abr. 2024.
- IPEA. *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862?mode=full>. Acesso em 30 abr. 2024.
- OLIVEIRA, R.N. *Assistência Jurídica Gratuita*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.
- OLIVEIRA, R.N. “A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial”. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, nº 4 e ano V, nº 5 - 2003-2004.
- PIGNANELI, G. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.

- PORTO, A.M. & GAROUPA, N. *Curso de análise econômica do direito*. Atlas, São Paulo, 2020.
- SARLET, I.W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.
- TARTUCE, F. & DELLORE, L. “Gratuidade da Justiça no Nova CPC”. *Revista de Processo*, vol. 236, (DTR\2014\10502), 2014.
- TENENBLAT, F. “Limitar o acesso ao poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça”. *Revista CEJ*, Ano XV, n. 52, Brasília, jan./mar. 2011.
- WATANABE, K. “Tutela Antecipatória e Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer”. In: DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, S. (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. Saraiva, São Paulo, 1996.
- OSTROM, E. et. all. “Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges”, *Science*, vol. 284, 9 abr. 1999.

@ **Direito e Linguagem**, Ordinário nº 01, vol. 01, pp. 83-106, 2024
·ISSN - 3020-898X ·DOI: 10.5281/zenodo.12520678

O principio do contraditório no processo penal a luz da teoria de Fazzalari

El principio de contradictoria en el proceso penal a la luz de la teoría de Fazzalari

Márcio Bonini Notari¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Sumário: 1. Introdução. 2. A diferença entre procedimento e processo. 3. Identificação e reconhecimento dos procedimentos. 4. O contraditório entre as partes no processo penal. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: A compreensão do processo penal sob a égide do estado democrático de direito, requer uma análise teórica e epistemológica a partir de autores, até mesmo, do campo processual civil, uma vez feito os recortes possíveis e sua aplicabilidade relacionada à prática processual penal. De tal modo que, e importante repensar o papel das partes no âmbito do contraditório e da ampla defesa, como garantidor das garantias processuais e do processo em si, enquanto instrumento de participação simétrica entre as partes, de atos estatais válidos e eficazes, precedido da atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, na preparação de um provimento final (Sentença). Para tanto, o presente trabalho busca repensar o princípio do contraditório no processo penal a partir da teoria do jurista italiano Elio Fazzalari.

Palavras chave: Ampla defesa, contraditório, igualdade entre as partes.

Sumario: Entender el procedimiento penal bajo la égida del Estado democrático de derecho requiere un análisis teórico y epistemológico fundamentado en autores, incluso del ámbito procesal civil, una vez realizados los posibles cortes y su aplicabilidad en relación con la práctica procesal penal. De tal forma que es importante repensar el papel de las partes en el ámbito de la defensa contradictoria y amplia, como garante de las garantías procesales y del propio proceso, como instrumento de participación simétrica entre las partes, de validez y Actos efectivos del Estado, precedidos de la actividad preparatoria, disciplinados en el ordenamiento jurídico, integrados por una secuencia de normas, actos y posiciones subjetivas, en la preparación de una sentencia firme (Sentencia). Por ello, el presente trabajo busca repensar el principio

¹Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Faculdade Àgora no Estado do Mato Grosso.

contradictorio en el proceso penal a partir de la teoría del jurista italiano Elio Fazzalari.

Palabras clave: Defensa plena, contradictoria, igualdad entre las partes.

1. INTRODUÇÃO

O ponto de partida foi o ato do estado, dotado de caráter imperativo, para o qual se volta toda a estrutura normativa que disciplina a atividade constituída pelo procedimento. O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.

O ato do estado se destina a provocar efeitos na esfera dos direitos dos administrados, da sociedade, dos jurisdicionados, quando é um ato dotado de natureza imperativa, um ato de poder, tem-se o provimento que, para que seja emanado, válida e eficazmente, deve ser precedido da atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico.

Sob a ótica de repensar o processo penal a partir de uma perspectiva teórica, o presente trabalho tem por objetivo analisar o princípio da ampla defesa e do contraditório com base nos pressupostos teóricos processuais estabelecidos pelo jurista italiano *Elio Fazzalari*, tendo como premissa as ideias de contraditório entre as partes no processo visto como procedimento em contraditório (a igualdade de tratamento e o direito a informação).

Importante destacar que, o jurista italiano embora não seja um “processualista penal”, pois no contexto de sua obra, acaba sendo dada uma ênfase maior ao direito processual civil, por outro lado, torna-se possível fazer um recorte na teoria fazzalariana com vistas à edificação de um processo penal democrático e a possibilidade de ligação entre ambas as aéreas processuais. Pergunta-se: é possível pensar o contraditório como princípio orientador do procedimento até o provimento final, ou seja, a sentença, no âmbito do processo penal?

Considerando que nosso trabalho é de natureza bibliográfica, o método de abordagem a se adotado no seu desenvolvimento será o dedutivo, tendo pressuposto argumentos gerais, para argumentos particulares; quanto ao procedimento será analítico e o histórico crítico, procurando dar tratamento localizado á matéria objeto de estudo, aferindo o universo da dogmática jurídica.

2. A DIFERENÇA ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO

O autor inicia o capítulo discorrendo sobre a necessidade de discutir em que consistem os institutos do processo e do procedimento. Nesse ponto, ensina Fazallari: *Sequenze di norme e di atti ce ne sono sempre state* (sempre houve sequências de regras e atos)

Segundo Fazzallari, “*Le realtà che noi oggi chiamiamo e intendiamo come procedimento e come processo si sono sempre svolte; e che la enucleazione dei due schemi e l'impiego appropriato dei due termini sono tardati molto*”². Essa distinção, na visão do jurista italiano, sobre o uso adequado da terminologia entre ambos os institutos, requer além de uma proposta de elaboração teórica, a ideia de que adoção atual de procedimento não ficaria restrita ao âmbito da atividade administrativa. Ensina o autor:

“Peraltro, elaborazione teorica e stata sollecitata, oltreché dal bisogno di chiarezza che anima ogni ricerca, anche da espliciti suggerimenti delle normazioni positive. Ancorché l' attuale nozione di «procedimento» non sia certo limitata all' ambito deli' attività amministrativa, e in quest'ultimo ch'e venuta storicamente emergendo un'apposita disciplina: si pensi, in specie, nell' area latino-germanica e quali manifestazioni perspicue dello Staatstecht, alla Verwaltungsverein/achungsgesetz austriaca (1925), che, sulla scorta della legge costitutiva dei supremo tribunale amministrativo, del 1875, e dell'opera del T ezner (3), detta regale uniformi sul procedimento amministrativo (peraltrn, la prima legge generale sulla procedura amministrativa e m1dla spagnola del 1889); all' analogo regolamento cecoslovacco (1928); al regolamento polacco sulla procedura amministrativa (1928); alia ricezione della disciplina austriaca da parte del Regno di Jugoslavia (1930); e, nell'area di common law - lo abbiamo

²FAZZALARI, E. *Isituzionidi Diritto Processuale*. 7º ed. Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, p. 74.

rilevato (4) - all.'administrative procedure act (1947) relativo alle independent regulatory Commissions degli Stati Uniti (la prima delle quali del 1887; il loro incremento data dal tempo del New Deal roosveltiano), improntato al principio costituzionale del «due process o/ law»; nonché alia fair and proper procedure derivante, in Inghilterra, dalla rule o/ law”³.

Para o autor, mais precisamente nas fontes históricas e derivadas, seria possível, segundo na visão do autor italiano, o aprendizado sobre o princípio *Parteiengehör*; esse princípio consiste no princípio de “ouvir” o cidadão em causa e/ou mesmo o contraditório dos destinatários da prestação, o que marca a história processo de passagem de mero procedimento a processo.

Nesse sentido, o pensamento jurídico tem seguido um caminho aparentemente estranho, historicamente explicável. Os processualistas sempre lutaram, pela grandeza do fenômeno (que o autor italiano denomina de “a trave no próprio olho”), para definir o processo e o próprio esquema da disciplina de sua competência, mantendo firmes, ainda durante algumas décadas deste século, ao velho e inadequado “clichê pandético da “relação jurídica processual”.

Conforme ensina o professor Aury Lopes Júnior⁴, a teoria do processo como procedimento em contraditório estruturado por Fazallari, pode ser considerada como uma continuidade dos estudos de James Goldschmidt (processo como situação jurídica), ainda que isso não seja uma posição assumida, mas acaba sendo notória a influência do professor alemão⁵.

O procedimento, nessa ótica, não seria não a atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de

³FAZZALARI, E. *Isituzionidi Diritto (...)* Ob. Cit., p. 74.

⁴LOPES JÚNIOR, A. *Fundamentos do Processo Penal: Uma Introdução Crítica*. Editora Saraiva: São Paulo, 2023, p. 286.

⁵Em 28 de junho de 2009 completaram-se 69 anos do falecimento do jurista alemão James Paul Goldschmidt. Considerado por muitos como um dos maiores processualistas de todos os tempos, Goldschmidt, como afirmado por EB. SCHMIDT teve “o mérito imperecível de ter submetido o ‘pensamento processual’ a uma ‘crítica’ e de ter desenvolvido rigorosamente a heterogeneidade fundamental do modo de contemplar material e processualmente o direito. Em virtude de sua perspicácia invulgar e originalidade de suas idéias, chegou-se a afirmar que Goldschmidt tinha a “rara capacidade de adentrar na mais profunda das profundezas”. In: LOPES JÚNIOR, A. & SILVA, P.R.D.S. “A incompreendida concepção de processo como ‘situação jurídica’: vida e obra de James Goldschmidt”. *Revista Panóptica*, 2012, p. 24.

seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas⁶.

Convém recordar que, para Fazzalari, o procedimento não é um conceito particular de uma disciplina um conceito geral do Direito, e deve ser "colhido", extraído, de um complexo de normas que incidem sobre atos e posições subjetivas que preparam o provimento, que e, como se viu, um ato do Estado, emanado de seus órgãos, na orbita de sua competência, dotado de caráter imperativo⁷.

Não é excessivo ressaltar que a expressão "posição subjetiva" contém um sentido muito específico. Não se refere a posição de sujeitos em uma relação com outro sujeito ou a posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames. Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como licitas facultada ou devida⁸.

Quando finalmente tomaram emprestado o conceito de "processo", oferecido pelos advogados públicos, acabaram não aprofundando, em seu âmbito, um conceito fecundo de processo. O Tratado dos Pandectas deu origem ao movimento que ficou conhecido como pandectismo, por dedicar-se à pesquisa dos *Pandectas ou Digesto* de Justiniano.

Esse movimento encarava a lei como um produto resultante da história de um povo e da "vontade racional" do legislador. Ocupando uma posição intermediária entre a compreensão do espírito de um povo, como manifestação da lei. E o mais puro apego ao texto da lei, o pandectismo supera a Escola Histórica e influencia de modo decisivo, o surgimento da codificação, na França, pós-revolução. O movimento pela codificação tem como principal referência teórica a Escola da Exegese⁹. Por outro lado, segundo Fazzalari:

⁶GONÇALVES, A.P. *Técnica processual e teoria do processo*. AIDE Editora, Rio de Janeiro, 1992, p. 107.

⁷GONÇALVES, A.P. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 108.

⁸GONÇALVES, A.P. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 109.

⁹BITTAR, C.E. & ALMEIDA, G.D.A. *Curso de filosofia do direito*. 15ª ed., Atlas: São Paulo, 2021, p. 345.

“Dal canto loro, gli amministrativisti hanno elaborato la disciplina e il concetto dei procedimento proprio partendo dai modello delle attività di giustizia, come da ovvio archetipo; senza, però, pervenire alla constatazione che tale modello non è esclusivo della giustizia, sibbene è uno schema di teoria generale, utilizzabile e utilizzato al di là della giurisdizione, in qualsiasi settore dell'ordinamento, e così, appunto, in quello della pubblica amministrazione”¹⁰.

Para o autor, o modelo utilizado pelos administrativistas não seria um modelo exclusivo da justiça, ainda que utilizado como esquema de teoria geral, para além da jurisdição, podendo ser usado em qualquer setor do ordenamento jurídico e no âmbito da administração pública, não sendo exclusividade do Poder Judiciário.

Assim, a característica específica do processo (o contraditório), não teria sido apreendida por todos os advogados processuais e públicos, tendo o processo sido, na sua maioria, absorvido na fisionomia genérica do processo. *Percià fino a ieri e talvolta ancora oggi - la caratteristica propria del processo - il contraddittorio - non è stata colta da tutti i processualisti e giuspubblicisti, e il processo è stato per lo più assorbito nella generica fisionomia del procedimento. Ieri soltanto il processo ha rinvenuto un proprio significato. (significato distinto, ma non disgiunto dalla nozione di procedimento: solo un passo più innanzi (e si è dispiegato in tutta la sua potenzialità d'impiego)¹¹.*

Na Itália, teria ocorrido um reflexo concreto da definição do processo, pode ser visto em uma disciplina positiva recente, da formação de provisões administrativas (Lei 7 de agosto de 1990, n. 241). Aí se estabeleceria como regra geral, a “participação dos interessados” no procedimento administrativo, que é mais do que o referido “*Parteiengehor*” que surge como um contraditório embrionário, colocando-se assim na área do processo.

O autor inicia sua análise pela estrutura processual, destacando que, cada norma que contribui para constituir a sequência da constatação, cada norma que contribui para constituir a sequência do procedimento dado descreve,

¹⁰FAZZALARI, E. *Isituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., p. 75.

¹¹FAZZALARI, E. *Isituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., pp. 76-77.

da mesma forma que qualquer norma e sua forma de se apresentar na experiência humana – uma determinada conduta”.

Decompondo a manifestação externa em seus componentes lógicos, segundo Fazzalari há que se reconhecer que ela enuncia tantas regras quantas são as condutas regulamentadas (lícitas ou como lícitas). Também pode acontecer que um artigo de lei não esgote a regulamentação de uma conduta, mas regule apenas um ou mais elementos de uma ou mais conduta, uma vez que um artigo de lei não esgote a disciplina de uma conduta, mas regule apenas um ou mais elementos de uma ou mais condutas.

O autor cita como exemplo, nos artigos do Código de Processo Civil que regem a forma dos atos processuais, que é um dos elementos que os compõem: neste caso, estaria perante uma fração de uma norma, a relacionar com outras, de modo a encontrar uma norma inteira, onde a disciplina completa de uma determinada conduta. Para Fazzalari¹²:

“Cià chiarito, la struttura del procedimento si coglie quando ci si trovi di fronte ad una serie di norme (fino a quella regolatrice di un atto fin ale: di solito un provvedimento, ma può trattarsi anche di un atto mero), ciascuna delle quali rego la una determinata condotta qualificando la come lecita o come doverosa), ma enuncia come presupposto del proprio operare il compimento di una attività regolata da altra norma della serie. Il procedimento si presenta, poi, come una sequenza di atti, quali previsti e valutati dalle norme”.

Nesse viés, a estrutura do procedimento pode ser entendida quando você estiver diante de uma série de "regras" (inclusive até a regulamentação de um ato final): em regra, uma disposição, também pode ser um mero ato. Cada uma das quais, em regra, determinada conduta qualificando-a de lícita ou de dever, enunciando como pressuposto do próprio trabalho o desempenho de uma atividade regulada por outra regra da série. O processo é então apresentado como uma sequência de atos, conforme previsto e avaliado pelas regras.

Nesse ponto, na visão de Fazallari, *“li procedimento va, infine, riguardato come una serie di facoltà, poteri, doveri: quante e quali sono le*

¹²FAZZALARI, E. *Isituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., p. 77.

posizioni soggettive che e dato trarre dalle norme in discorso; e che risultano anch' esse, e necessariamente, collegate in modo che, ad esempio, un potere spetti ad un soggetto quando un dovere s'ia stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l' esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l'insorgere di un altro potere (o facoltà o dovere)”¹³.

O procedimento na ótica Fazallariana deve ser considerado como uma série de faculdades, poderes, deveres: quantas e quais são as posições subjetivas que podem ser extraídas das regras em questão e que está também, necessariamente, ligado de tal forma que, exemplifica o jurista italiano, um poder que pertence a um sujeito quando um dever é cumprido, por ele ou por outrem, e, por sua vez, o exercício desse poder constitui o pressuposto para o surgimento de outro poder, que poderia ser uma faculdade ou dever.

Do ponto de vista dos "atos", o procedimento reside na sucessão do outro, na ascensão temporal pela qual cada ato da série segue o outro, segundo a ordem estabelecida em lei. O procedimento, nessa ótica, não seria não a atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas.

Não é excessivo ressaltar que a expressão "posição subjetiva" contém um sentido muito específico. Não se refere à posição de sujeitos em uma relação com outro sujeito ou a posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames. Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas facultada ou devida¹⁴.

Nesse ponto, vale citar, as lições de Fazzalari:

“Altre sequenze di norme, posizioni soggettive ed atti sono costituite dal Procedimento e dal Processo. Siamo così pervenuti alle figure che

¹³Finalmente, o procedimento deve ser considerado como uma série de faculdades, poderes, deveres: quantas e quais são as posições subjetivas que podem ser extraídas das regras em questão; e que estão também, e necessariamente, ligados de tal forma que, por exemplo, um poder pertence a um sujeito quando um dever foi cumprido, por ele ou por outrem, e, por sua vez, o exercício desse poder constitui o pressuposto para o surgimento de outro poder (ou faculdade ou dever). (Livre tradução do autor). In: FAZZALARI, E. *Istituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., p.78.

¹⁴GONÇALVES, A.P. Processual (...) Ob. Cit., p. 109.

sono oggetto del nostro studio. Su di esse dovremo svolgere, piu innanzi, un non breve discorso; qui basti accennare di nuovo che il «procedimento» si coglie quando ci si trova di fronte ad una serie di norme, ciascuna delle quali regala una determinata condotta (qualificandola come lecita o doverosa), ma enuncia come presupposto della propria incidenza il compimento di un'attività regolata da altra norma della serie, e così via fino alla norma regolatrice di un «atto finale»¹⁵.

Outra sequência de normas, posições subjetivas e atos são constituídos pelo procedimento e pelo processo. O "procedimento" é entendido quando se está diante de uma série de normas, cada uma das quais oferece uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou devida); Mas declara o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim sucessivamente até a norma reguladora de um ato final.

Aqueles que aspiram à promulgação do ato final seriam os "interessados" em sentido estrito. Por outro lado, e aqueles que querem evitar "contra-interessados"; estão no plano da paridade simétrica; o procedimento inclui o contraditório, torna-se mais articulado e complexo, e do gênero procedimento é possível enuclear a espécie processo.

A posição subjetiva é o vínculo do sujeito para com a norma, a qual lhe valora suas manifestações de vontade como lícitas, facultadas ou devidas, com as consequências daí advindas, verificando-se a ocorrência de preclusão das decisões interlocutórias, salvo nulidade, passível de ser discutida, inclusive em sede de *Habeas Corpus*¹⁶.

Na sequência normativa que compõe a estrutura do procedimento, a observância da incidência da norma que prevê o ato que pode ser exercido ou deve ser cumprido (é pressuposto); portanto, seria condição de validade, da incidência de outra norma que dispõe sobre a realização de outro ato, sendo deste o pressuposto, assim até que o procedimento se esgota atingindo seu ato

¹⁵FAZZALARI, E. *Isituzionidi Diritto (...)*, Ob. Cit., p. 60.

¹⁶ROSA, A.D.M. "O Processo (Penal) como Procedimento em Contraditório: Diálogo com Elio Fazalari". *NEJ*, Vol. 11, n. 2, pp. 219-233 / jul-dez 2006, p. 222.

final, quando se verificaram todos os pressupostos normativamente previstos para a emanção do provimento.

3. IDENTIFICAÇÃO E RECONHECIMENTO DE PROCEDIMENTOS

O processo seria identificado e, por assim dizer em relação ao ato (em direito público: à disposição) a que se refere, entendido em função do ato a que se destina sendo confirmado pelo princípio segundo o qual um dos requisitos (validade e eficácia) daquele ato consiste no fato de ser o epílogo de um procedimento regular.

O vício em que se incorre no cumprimento de uma das atividades preparatórias e que não é reparado no curso posterior, acaba por invalidar a disposição, passando de procedimento em procedimento da seqüência. O reconhecimento do procedimento consiste em aprender as normas (os atos, as posições subjetivas) que o constituem. Fazzalari deixa claro que não está se referindo às regras que regem o processo como um todo.

“IlIl procedimento viene indi.viduato e, per così dire, norni.nato in relazione all'atto (in diritto pubblico: al provvedimento) cui essa mette capo. Del resto, questa angolazione - per cui il procedimento si coglie in funzione dell'atto con il quale e destinato a concludersi - e confermata dal principio per cui uno dei requisiti (di validità e di efficacia) di quell'atto consiste, appunto, in ciò che essa sia l'epilogo di un regolare procedimento: talché il vizio in cui s'incorra nel compimento di una delle attività preparatorie e che non sia riparato nell'ulteriore corso, finisce con l'inficiare il provvedimento, passando da atto ad atto della sequenza procedimento viene indi.viduato e, per così dire”¹⁷.

Com efeito, a norma única, que dá o ato processual único - fixa o seu conteúdo (ou seja, a conduta em que consiste) em relação ao papel que o ato deve desempenhar na série dos processos mentais; ainda,coloca o ato em algum lugar dessa série, entre outros atos, alguns dos quais funcionam como pressupostos e outros como efeitos do ato em questão, a medida que determina o tempo de conclusão sempre em relação ao ato ou atos que precedem e aquele ou aqueles que se seguem.

¹⁷FAZZALARI, E. *Isituzioni di (...)* Ob. Cit., p. 79.

Assim, estabelece a forma (por exemplo, impõe a forma escrita), a avaliação da escritura (qualificando-a como devida ou lícita), sempre tendo em vista a função que a procedimento deve desempenhar na seqüência em que é colocada. O regime de validade e eficácia de cada ato do processo, e do final, é afetado pela regularidade ou irregularidade da escritura que a precede. Em tudo isto está a confirmação da validade teórica da noção de procedimento, da sua necessidade.

A seqüência de normas (e atos e posições subjetivas) em que o procedimento pode ser muito curto ou longo e complexo. Pense-se, por um lado, numa ordem da administração pública seguida de notificação ao destinatário. Por outro lado, num procedimento administrativo estruturado com pedidos, avaliações, pareceres, publicações, etc.

A distinção entre o procedimento, cujos atos pertencem a um único sujeito, ou seja, o autor da medida final. Aquele que normalmente ocorre de forma "multisubjetivo", em que os atos da série também pertencem a sujeitos que não seja o autor do ato. A pluralidade de sujeitos é inevitável na estrutura do "processo", porém, não constitui a sua característica, que reside na qualidade dos sujeitos e na forma de sua participação no processo formativo da medida. Segundo Fazzalari:

“Nell'iter procedimentale possono cogliersi piu fasi, a seconda del tipo di procedimento e deli' angola da cui lo si contempli: cosl, nella sequenza che metta capo ad unico provvedimento, possono rinvenirsi una fase «preparatoria» del provvedimento, una fase «costitutiva» dei medesimo, una fase «integrativa dell'efficacia»; nel procedimento nel cui corso emergano piu provvedimenti, ciascuno di essi costituisce l' epilogo di una fase”¹⁸.

O autor destaca que existem procedimentos em que o autor da disposição pode ser acionado *ex officio*; no entanto, existem processos cuja iniciativa pertence, por outro lado, de forma exclusiva ao destinatário da disposição. “A distinção mais importante no âmbito do gênero processual, especialmente, a diferença entre procedimento” e processo.

¹⁸FAZZALARI, E. *Isituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., p. 81.

Para identificar o processo, é preciso que haja uma série de normas (e atos, e posicionamentos jurídicos que remetam aos destinatários dos efeitos do dispositivo, criando um debate igualitário entre eles. A participação dos sujeitos no processo, como destinatários estimados da eficácia do ato de emissão, constitui, como se verá, sua “legitimação para agir”. Onde e quando, por outro lado, aquela estimativa der resultado negativo, ou seja, se verificar, em processo concreto, que os participantes não são, ainda que hipoteticamente, destinatários da provisão final.

A própria essência do adversário exige que eles participem dele pelo menos dois sujeitos: o “interessado” e um “contra interessado”: sobre um dos quais o ato final se destina a ter efeitos favoráveis e sobre os outros efeitos prejudiciais. O autor do ato final pode ser um dos adversários, mas não necessariamente. Para Fazzalari¹⁹:

“La qualità di contraddittore, ove ricorra per l' autore dell' atto, importa, peraltro, un'essenziale conseguenza: quand'anche sia un organo pubblico, munito d'imperio, quell'autore è posto, durante la fase preparatoria dell'atto (e salva quindi la sua preminenza nella successiva fase della emanazione del provvedimento), sul piede di simmetrica parità rispetto all' altro o agli altri contraddittori”.

E desse ponto de vista, ensina Fazzalari, a posição do autor do ato final e a do interessado submetido ao interrogatório começam a se distinguir ainda que pertençam à mesma pessoa: nesse sentido, a estrutura processual permanece marcada pela igualdade de posição das partes envolvidas no interrogatório, desvinculado da posição anterior em que o órgão público se encontra na fase em que tendo em conta os resultados da assembleia conjunta põe em prática o ato final.

4. O CONTRADITÓRIO ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL E A TEORIA DE FAZALLARI

¹⁹FAZZALARI, E. *Isituzioni di Diritto* (...), Ob. Cit., p. 86.

O núcleo fundante do pensamento de Fazzalari está na ênfase que ele atribui ao contraditório, com importante papel na democratização do processo penal, na medida em que desloca o núcleo imantador, não mais a jurisdição, mas o efetivo contraditório entre as partes. A sentença (provimento final) deve ser construída em contraditório e por ele legitimada²⁰.

Nesse sentido, conforme ensina Luigi Ferrajoli, el derecho penal de los ordenamientos desarrollados es um producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico – la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la: responsabilidad personal, el juicio oral y conradictorio entre partes y la presunción de inocência – em gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal²¹.
Nesse sentido:

“Le prime teorizzazioni scientifiche e sulla presunzione d’innocenza nascono nel periodo illuminista ad opera di grandi autori i quali pongono in essere un’aspra polemica contro un sistema giudiziario irrazionale, governato da lle più tenere brose passioni individuali e sociali, da residui magici e da barbariche forme di violenza. Tra i più illustri sostenitori di questo movimento di idee, che tra l’altro cerca anche di porre la presunzione d’innocenza come cardine dell’intero ordinamento processuale, troviamo Pietro Verri e Cesare Beccaria, il quale, nella sua famosa opera “Dei delitti e delle pene”, già nel 1764, afferma vache: «Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso che egli abbia violato i patti, coi quali gli fu accordata»²².

Nesse período marcado pela prevalência dos direitos individuais como pré-requisito, em face da monarquia absolutista dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e o Judiciário), houve a adequação da legislação ao princípio da

²⁰ LOPES JÚNIOR, A. Direito processual (...) Ob. Cit., p. 110.

²¹ Há uma complexidade na formação teórica e filosófica do direito penal moderno, vez que o modelo garantista clássico é fruto de uma tradição iluminista e liberal do século XVIII, não sendo essa tradição hegemônica e/ou única em seus fundamentos, atravessando em uma concepção filosófica iluminista por questões sobre os direitos naturais, as teorias contratualistas, que por sua vez levam a fundamentos diversos na construção do conhecimento. Do mesmo modo na concepção filosófica liberal, que passa por filosofias utilitaristas, do positivismo jurídico. In: FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid: 1989, p. 33.

²² BATIA, G. & PIZZO, A. *La tutela dell’ imputato. Saggio storico – conceituale*. Torino, 2009, p. 10.

presunção de inocência, como forma de conservar, ao menos penalmente, o direito mais importante do indivíduo: a liberdade.

As garantias penais seriam incompletas sem o conjunto de garantias processuais. O conjunto de princípios processuais penais responde a pergunta de como e quando julgar: presunção de inocência até prova em contrário, separação entre acusação e juiz, a carga de prova e o direito do acusado à defesa. As garantias processuais e as penas não valem por si mesmas, mas ambas funcionam como garantia recíproca de efetividade de todo sistema penal. Esta correlação está vinculada ao nexo específico entre lei e juízo em matéria penal.

Conforme adverte Vegas Torres²³, do ponto de vista histórico, tem se atribuídos diversos sentidos ao princípio da presunção de inocência, independente da cultura jurídica, porém a ideia básica e a proteção dos indivíduos inocentes de condenações indevidas. Vale acrescentar, não apenas as sentenças condenatórias, mas também os procedimentos e as investigações no âmbito processual penal.

Trabalhando-se com foco no processo penal e sob a perspectiva de processo como um procedimento que se realiza por meio do contraditório (com acusação de um lado, defesa técnica do outro e um julgador mediando isso tudo), disso decorre algumas implicações. Essas modificam a forma como o processo se instaura e acontece, especialmente quanto ao princípio do contraditório e o papel do juiz na condução do feito²⁴.

“O sistema acusatório vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. A partir do século XIII entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo. Atualmente, o processo penal inglês é aquele que mais se aproxima de um sistema acusatório puro. Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iud ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo

²³TORRES, J.V. *Presunción de Inocencia el Proceso Penal*. Madrid: La ley, 1993, p. 39.

²⁴ROSA, A.M.D. & LOPES JR., A. “Contraditório no Processo Penal não é amor, mas é tão complexo quanto”. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jun-13/contraditorio-processo-penal-nao-amor-tao-complexo-quanto#_edn2. Acesso em: 13 abr. 2024.

mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes”²⁵.

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo de forma exclusiva às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar um dos mais importantes do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova.

Nesta direção, a seguir, discorre-se sobre o contraditório para Fazzalari e como isso impacta na compreensão da necessidade de efetivação plena do princípio do contraditório para o cumprimento do devido processo legal e a concretização do Estado Democrático de Direito. Considerando-se que as partes são afetadas pelos efeitos do provimento final, pensar no contraditório é ir muito além da concepção de apresentação de alegações pela acusação e pela defesa, pois a mera definição das partes ou a simples participação destas não conforma o exercício do contraditório.

O contraditório se conforma mediante a efetiva participação da acusação e da defesa com paridade de armas²⁶, numa comunicação mediada pelo Estado julgador, sem que ele vista roupagem que não lhe cabe ou se atribua poderes que não tem. Nesse sentido, a importância do exercício do contraditório para a concretização do princípio da legalidade, que se constitui num limitador do poder punitivo estatal.

A legitimidade enquanto categoria processual se relaciona à condição de ser parte no processo para postular em juízo (*legitimatío ad processum*). Na visão de para Fazzalari, a legitimidade do provimento jurisdicional acontece a

²⁵LIMA, R.B.D. *Manual de processo penal*. 8ª ed. JusPodivm: Salvador, 2020, p. 44.

²⁶LIMA, R.B.D. *Manual de processo (...)* *Idem*.

partir dos efeitos do provimento judicial de um procedimento realizado em contraditório²⁷.

Esta exige e reclama em si mesma que se conforme uma estruturação dos Poderes que assegure a efetiva participação dos indivíduos nos atos de poder que sobre eles exercerão efeitos. Isso inclui o Poder Judiciário porque a democracia consiste num “critério para o exercício do poder estatal em todos os seus estratos”²⁸.

Conforme se compreende do texto de Fazzalari na obra *Instituzioni di Diritto Processuale*, o indivíduo é titular do contraditório e a sua participação na construção da decisão deve ser assegurada até o final. Sendo assim, fazendo o recorte para o processo penal, enquanto perdurar a condição de acusado, ainda que este indivíduo seja entendido como um sujeito hipoteticamente afetado pelo ato de poder, ele é protagonista da construção deste ato que por meio do qual a esfera jurídica pode lhe atingir. Sendo assim,

“Trata-se (contraditório e direito de defesa) de direitos constitucionalmente assegurados no art. 5º, LV, da CB: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A partir desse postulado, vejamos agora algumas questões em torno do direito de defesa (técnica e pessoal [positiva e negativa]) e, após, a incidência, juntamente com o contraditório, nas fases pré-processual, processual e de execução penal”²⁹.

Na visão do processualista, lastreado no pensamento de Fazzalari, não mais concebida como (simples) ato de poder e dever, a decisão deve brotar do contraditório real, da efetiva e igualitária participação das partes no processo. Isso fortalece a situação das partes, especialmente do sujeito passivo no caso do processo penal. O contraditório deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a

²⁷PINTO, F.M. & BRENNER, P. “A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade”. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/245/1/A%20efic%C3%A1cia%20do%20contradit%C3%B3rio%20no%20processo%20penal%20atua%C3%A7%C3%A3o%20e.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

²⁸PINTO, F.M. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2016, p.158.

²⁹LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual (...)*, Ob. Cit., p.106.

efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades.

O princípio do contraditório reclama uma estrutura dialética de um processo de partes, haja vista o diálogo entre acusação e defesa, perante um juiz imparcial. Ainda, vale frisar que o contraditório enquanto princípio se opõe a uma estrutura inquisitória do processo penal, em que o juiz pudesse proferir uma sentença sem observância da colheita de provas³⁰.

E inerente ao sistema acusatório a junção entre acusar e julgar, com atuação de ofício semelhante ao inquisidor. Ocorre que, o processo acaba carecendo de sua estrutura dialética e contraditória, à medida que ausente a imparcialidade do juiz (julgar) e buscar a prova produzida por si próprio, não havendo a separação entre juiz e as partes. O Art. 385 do Código de Processo Penal, prevê que nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Isso não significa dizer que o juiz está autorizado a condenar naqueles processos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu. Pelo contrário, o contraditório acaba sendo imperativo para a validade da sentença, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição³¹. Sobre as marcas inquisitórias no processo penal, ensina Nereu Giacomolli³²:

“A primeira marca a ser destacada é a ideologia da busca da verdade material no processo penal. Em nome dessa concepção, o CPP autoriza o juiz a agir ex officio na requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da

³⁰COUTINHO, J.N.D.M. “Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n.º30, 1998, p. 187.

³¹PRADO, G. *Sistema Acusatório a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed., Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 190.

³²GIACOMOLLI, N.J. “Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>, pp. 143-165

prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador (art. 385 do CPP), a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP), bem como a recorrer de ofício, mesmo que a acusação não tenha interposto o recurso cabível (arts. 574 e 746 do CPP)".

Aqui é possível, repensar esse aspecto processual penal, acerca do pensamento de Fazzalari, sobre a legitimidade do provimento judicial como algo que dependerá do desenrolar dos atos e posições subjetivas previstos em lei. De tal modo que, é importante resgatar a ideia do "procedimento em contraditório", como núcleo orientador dos atos procedimentais até o provimento final, isto é, a sentença, sob pena, de nulidade caso o Juiz recorra mesmo diante de um pedido de absolvição do Ministério Público. A ampla defesa e o contraditório previsto no Art. 5, LV, da CF/88, requer a paridade de armas e igualdade entre as partes.

Na verdade, o Direito Penal não pode a nenhum título e sob nenhum pretexto abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nas garantias fundamentais. Efetivamente, um Estado que se quer Democrático de Direito é incompatível com um Direito Penal funcional, que ignore as liberdades e garantias fundamentais do cidadão, asseguradas pela Constituição Federal³³.

O inquérito policial, por exemplo, classificado como atos de investigação, na visão do professor Aury Lopes Júnior, em uma estrutura marcada pela característica inquisitorial³⁴, em que vigora, pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório. Destarte, por não observar os incisos LIII, LIV, LV e LVI do art. 5º e o inciso IX do art. 93 da Constituição, bem como o art. 8º da CADH, o inquérito policial jamais poderá gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação³⁵.

³³BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 527.

³⁴O sistema inquisitivo, portanto, exclui o contraditório, limita a ampla defesa e obstaculiza, quando não inviabiliza, a presunção de inocência, cuja comissividade é o postulado básico do garantismo processual. Recorde-se que no processo penal inquisitório a insuficiência de provas e sua conseqüente dubiedade não gerava imperiosa absolvição; mas, ao contrário, o mero indício equivalia a uma semi-prova, que comportava um juízo de semi-culpabilidade e uma semi-condenação. In: CARVALO, S.D. *Penas e Garantias*. 3.ª Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, pp. 17-18.

³⁵LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual (...)* Ob. Cit., p.188.

Não mais concebida como (simples) ato de poder e dever, a decisão deve brotar do contraditório real, da efetiva e igualitária participação das partes no processo. Isso fortalece a situação das partes, especialmente do sujeito passivo no caso do processo penal. Sendo assim, aqui reside o núcleo fundamento do pensamento de Fazzalari, ao ser enfático quanto ao contraditório efetivo entre as partes, não mais focado na jurisdição³⁶.

No entendimento de Fazzalari, o contraditório não é pensado e exercitado da mesma forma em todos os tipos de processo, tanto quantitativo quanto qualitativamente, mas conforme a natureza do ato a ser produzido. Trazendo isso ao processo penal, esta interpretação é mais do que compreensível vez que este se desenvolve entre desiguais e pode culminar na gravosa sanção da pena privativa de liberdade, razão pela qual é importante olhar para o processo penal “como procedimento em contraditório”.

Isso porque, a perspectiva fazallariana se aproxima da teoria de James Goldschmidt, o qual leciona, sem prejuízo de outras concepções, que o conceito de processo como relação jurídica, *y por eso examina entre quiénes se daría (el problema del destinatario de la norma) y si existen obligaciones, deberes, etc. Y, com profundidad, nos dirá que em el proceso no existen tales obligaciones, sino expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas*³⁷. *Tampoco existen obligaciones del juez generadas por ninguna relación jurídica*³⁸.

³⁶LOPES JÚNIOR, A. *Fundamentos do Processo Penal: Uma Introdução Crítica*. 9ª Ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2023, p. 287

³⁷A antítese do direito processual é a carga processual, ou seja, a necessidade de prevenir um prejuízo processual e, em último termo, uma sentença desfavorável, mediante a realização de um ato processual. As cargas são imperativas de interesse próprio e se distinguem dos deveres, que são imperativos do interesse de um terceiro da comunidade. Portanto, cargas se encontram também no direito privado. Às partes cabe uma carga, não um dever, de fundamentar a demanda, de provar, de comparecer, de contestar. Como a carga processual é um imperativo de interesse próprio, não há frente a ela um direito do adversário ou do Estado. Ao contrário, o adversário não deseja outra coisa senão que a parte não se desembarace da sua carga de fundamentar, de provar, de comparecer, etc. Mas o autor lembra que a parte não pode desembaraçar-se da carga de uma prova até que tenha a sua disposição os meios probatórios. In: GOLDSCHMIDT, J. “Princípios Generales del Proceso”. 2ª ed., 1961.

³⁸GOLDSCHMIDT, J. *Derecho penal y proces: el proceso como situación jurídica* - Tomo III, Marcial Pons, Espanha, 1995, p. 24.

Acerca da definição de processo, conceitua Fazzalari, fazendo a observação do processo a partir dos sujeitos e, não do sujeito do provimento final em si, elencando: *“Come ripetuto il processo e un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto inale e destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività”*³⁹.

A estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final na fase preparatória, bem como, na paridade simétrica de suas posições; na implicação mútua deles atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a promulgação do dispositivo.

“El sistema sin acusación seorada, aue configura el método “ inquisitivo, deriva en cambio de la sustracción del axioma sobre la imparcialidad de ljuéz y sobre su separación de la acusación. Aparece en todos los ordenamiento sem los que el jueztiene funciones acusatorias o l aacusación tiene funciones judiciales. Em semejantes sistemas la mixtura de acusación v iuicio comorometes induda la imvarcialidad del segundo y a la v&(a menudo: la publicidad y la orafidad del proceso. Pero es fácil comprender que la carencia de estas garantías debilita todas lasdemás, y em particular lãs garantia sprocesales de la presunción de inocência del imputado antes de la condena, de la carga acusatoria de la orueba v del contradictorio con la defensa”⁴⁰.

Existe uma íntima relação entre sistema inquisitório, gestão da prova nas mãos do juiz e a busca da verdade real. No entanto, e importante a separação das funções de acusar e a imparcialidade do juiz, uma vez que afeta diretamente o princípio da presunção de inocência, antes da condenação, da produção da prova acusatória e do contraditório (defesa técnica do réu).

A garantia do direito de defesa inerente a natureza humana constitui não apenas uma previsão constitucional e processual penal, mas também do ponto de vista do controle de convencionalidade, denominada no campo do processo penal de normatividade convencional, na visão de Nereu Giacomolli, a partir da interpretação feita através dos tratados e convenções de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH/48) preceitua em seu Art. XI.1, estabelece que toda pessoa acusada de um ato delituoso tem

³⁹GOLDSCHMIDT, J. *Derecho penal* (...) Ob. Cit., p. 82.

⁴⁰FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*: (...) Ob. Cit., p. 99.

o direito de ser presumida inocente até o que sua culpabilidade tenha sido provada em juízo público, com todas garantias asseguradas a sua defesa⁴¹.

O Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus 103.660/2011, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a título ilustrativo sobre a importância do contraditório, decidiu que o acervo probatório que efetivamente serviu para condenação do paciente foi aquele obtido mediante prova colhida no procedimento do inquérito. Segundo entendimento pacífico desta Corte não pode subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa⁴².

Em outro julgado, como forma de garantia do contraditório de forma plena ao acusado, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus 84.580/2009, de relatoria do Ministro Celso de Mello, elenca ser indispensável que a acusação descreva de forma precisa os elementos estruturais do tipo penal (*essentialia delicti*), que compõe o tipo penal, sob pena de incidir sobre o próprio réu ônus da prova de sua inocência, não havendo possibilidade do Poder Judiciário, por simples presunção ou meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu⁴³.

No campo do processo penal (processo de conhecimento), exige-se que um juiz imparcial aprecie a demanda do acusador, em um ambiente filtrado pelo contraditório, que só é possível graças à ampla defesa assegurada pela direta participação do acusado no processo e pela intervenção de Defensor profissional (público ou privado). As provas valoradas ao final deverão ser

⁴¹ GIACOMOLLI, N.J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Atlas, São Paulo, 2016, p. 113.

⁴²STF. *Habeas Corpus* 103.660 – São Paulo. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621569>. Acesso em: 11 abr. 2024.

⁴³STF. *HC* 84.580. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/publicacaotematica/vertema.asp?lei=1324#1340>. Acesso em: 11 abr. 2024.

obtidas por meios lícitos e o julgamento há de ser, normalmente, público, fundamentando-se a decisão⁴⁴.

O contraditório não é apenas "a participação dos sujeitos do processo". Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). Sendo assim, o juiz não será parte no processo, apesar de ser um sujeito processual, mas será um garantidor do contraditório entre as partes, sem que haja um protagonismo judicial.

5. CONCLUSÃO

A grande contribuição de Elio Fazzalari que, com apoio em um quadro sólido e coerente, formula a concepção do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes. A jurisdição não é a manifestação de um poder sem disciplina jurídica. Ao contrário, quando o Estado é chamado a exercer a "função" jurisdicional ele age dentro de uma estrutura normativa que regulamenta sua atividade.

E essa estrutura normativa esta construída para comportar e garantir a participação dos destinatários do ato imperativo do Estado na fase de sua formação, contribuindo de forma significativa para a edificação de um processo penal democrático, muito embora não explica na sua completude a fenomenologia do processo penal em si, dando uma maior ênfase ao processo civil e constitucional, porém acaba contribuindo para sua evolução.

Por isso a necessidade de se entender o exercício da Jurisdição a partir da estrutura do processo como procedimento em contraditório, com significativas modificações na maneira pela qual ele se instaura e se desenrola especialmente no tocante ao princípio do contraditório e o papel do juiz na condução do feito. Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na "simétrica paridade" da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.

⁴⁴PRADO, G. Sistema Acusatório (...) Ob. Cit., p. 352.

Sendo assim, em conclusão, é possível repensar o processo penal constitucional e acusatório a partir do afastamento do juiz da atividade probatória, que é das partes, concebendo-o como destinatário da prova e do agir das partes na busca convencimento mediante o processo enquanto um procedimento realizado por meio do contraditório. No Processo Penal, entre o Ministério Público e/ou querelante, e a efetiva presença do acusado com defesa técnica. Ainda, também, o princípio do contraditório num sistema de natureza inquisitiva, tem reflexos no campo da aplicação da execução penal, em face dos direitos e garantias processuais do condenado.

O pensamento de Fazzalari é da maior relevância para a construção de um processo penal democrático, na medida em que reforça a necessidade de estrito respeito às regras do jogo e fortalece as partes, relegando a jurisdição a um segundo plano; porém, não dá conta de explicar a complexa fenomenologia do processo penal, no entanto, consegue trazer relevantes contribuições, como a teoria do contraditório entre as partes como sujeitos do processo.

6. REFERÊNCIAS

- BATIA, G. & PIZZO, A. *La tutela dell' imputato. Saggiostorico – conceituale*. Torino, 2009.
- BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal: parte geral*, 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.
- BITTAR, E.C. & ALMEIDA, G.D.A. *Curso de filosofia do direito*. 15ª ed., Atlas, São Paulo, 2021.
- CARVALHO, S.D. *Penas e Garantias*. 3ª Ed., Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008,
- COUTINHO, J.N.D.M. "Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, nº 30, 1998.
- FAZZALARI, E. *Isituzionidi Diritto Processuale. Settima Edizione*. Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1989.

- GIACOMOLLI, N.J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Atlas, São Paulo, 2016.
- GIACOMOLLI, N.J. “Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>.
- GOLDSCHMIDT, J. *Derecho penal y proceso: el proceso como situación jurídica* - Tomo III, Marcial Pons, Espanha, 1995.
- GONÇALVES, A.P. *Técnica Processual e teoria do processo*. Aide Ed., Rio de Janeiro, 1992.
- LIMA, R.B.D. *Manual de processo penal*. 8ª ed., Ed. JusPodivm, Salvador, 2020.
- LOPES JÚNIOR, A. *Fundamentos do Processo Penal: Uma Introdução Crítica*. 9ª Ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2023.
- LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal*. 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 2019.
- LOPES JÚNIOR, A. & SILVA, P.R.D.S. “A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt”. *Revista Panóptica*, 2012.
- PINTO, F.M. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2016.
- PINTO, F.M. & BRENNER, P. *A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/245/1/A%20efic%C3%A1cia%20do%20contradit%C3%B3rio%20no%20processo%20penal%20atua%C3%A7%C3%A3o%20e.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.
- PRADO, G. *Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed., Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- TORRES, J.V. *Presunción de Inocencia el Proceso Penal*. Madrid, La Ley, 1993.

Discrecionalidade judicial e o problema da disparidade na aplicação da pena: Possibilidades e limites do garantismo penal (Luigi Ferrajoli) e da teoria do Direito como integridade (Ronald Dworkin) aplicados à penologia

Judicial discretion and the problem of disparities at sentencing: possibilities and limitations of Garantismo Penal (Luigi Ferrajoli) and Law as integrity thesis (Ronald Dworkin) applied to penology

Gabriel Silveira de Queirós Campos¹

Alexandre de Castro Coura²

Faculdade de Direito de Vitória

Sumário: 1. Introdução; 2. Discrecionalidade e disparidade na aplicação da pena: os casos recentes do Mensalão (APN nº 470 do STF), da Lava-Jato e dos chamados “atos antidemocráticos” de 8/1/2023; 3. A discrecionalidade como legado do positivismo e a crítica de Ferrajoli ao “decisionismo” (positivismo crítico); 4. O papel da hermenêutica e o conceito dworkiniano de “integridade” aplicado à penologia: uma visão pós-positivista sobre os problemas clássicos da aplicação da pena; 5. Promovendo maior consistência (previsibilidade) na aplicação da pena: indo além de uma aplicação garantista da pena e da “única pena correta”; 6. Considerações finais; 7. Referências.

Resumo: A discrecionalidade judicial é um tema fundamental para a teoria jurídica, tendo sido objeto de grande controvérsia entre positivistas (Kelsen, Hart) e pós-

¹Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Criminologia e Justiça Criminal (Universidade de Oxford). Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Procurador da República.

²Doutor e Mestre em Direito Constitucional (Universidade Federal de Minas Gerais). *Visiting scholar* (American University Washington College of Law) e *visiting foreign judicial fellow* (Federal Judicial Center, em Washington D.C., EUA). Professor de Teoria dos Direitos Fundamentais no Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça no Espírito Santo.

positivistas (Dworkin). Especificamente no campo da aplicação da pena, o exercício da discricionariedade deve ser tema de preocupação, uma vez que, na falta de maiores controles sobre a margem de liberdade dos juízes, as consequências costumam ser a ausência de maior previsibilidade, com prejuízo à taxatividade da lei penal e à ideia de segurança jurídica, além de disparidade nas sentenças criminais. A presente pesquisa investiga as possibilidades e as limitações da incidência de duas importantes teorias jurídicas, que são o garantismo penal (Luigi Ferrajoli) e a teoria do Direito como integridade (Ronald Dworkin), no campo da penologia. Busca-se examinar se as principais ideias de Ferrajoli, como a defesa da legalidade estrita (taxatividade) da lei penal e a categoria do “decisionismo” (subjativismo), e de Dworkin, tais como a hermenêutica, a noção de integridade e de “única resposta correta”, são capazes de contribuir para a promoção de maior consistência (previsibilidade) na aplicação da pena.

Palavras-chave: Aplicação da pena; discricionariedade judicial; Garantismo Penal; Hermenêutica; Direito como integridade.

Abstract: Judicial discretion is a fundamental topic for legal theory, having been the subject of great controversy between positivists (Kelsen, Hart) and post-positivists (Dworkin). Specifically in the field of sentencing, the exercise of discretion must be a matter of concern, since, in the absence of greater controls over judicial decision-making, the consequences tend to be the absence of greater predictability, damaging the principle of legality in Criminal Law and the idea of legal certainty (*segurança jurídica*), in addition to sentence disparities. This research investigates the possibilities and limitations of two important legal theories, which are *Garantismo Penal* (Luigi Ferrajoli) and the Law as integrity thesis (Ronald Dworkin) to the penological field. The aim is to examine whether the main ideas of Ferrajoli, such as the defense of a strict legality (*taxatividade penal*) of Criminal Law and the category of ‘decisionism’ (subjectivism), and Dworkin’s ideas, such as Hermeneutics, integrity and the ‘one-correct answer’ thesis, might contribute to the promotion of greater consistency (predictability) in sentencing.

Keywords: Sentencing; judicial discretion; *Garantismo Penal*; Hermeneutics; Law as

integrity.

1. INTRODUÇÃO

O tema da discricionariedade dos juízes sempre interessou à teoria jurídica e ao estudo do Direito. A título de exemplo, Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart, dois importantes filósofos do Direito de matriz positivista do século XX, recorreram à ideia de discricionariedade a fim de enfrentar, em resumo, um mesmo problema: a indeterminação do Direito³, ou seja, a (real) impossibilidade de o ordenamento jurídico regular, de modo preciso, todas as relações sociais interindividuais e seus conflitos. De fato, há diferentes tipos ou manifestações da indeterminação no campo jurídico, resultantes, p. ex., de dúvida quanto à norma a ser aplicada (lacunas e antinomias na lei), ou de características da própria linguagem adotada pelo legislador, a qual, muitas vezes, carece de clareza ou se revela demasiadamente vaga ou ambígua (indeterminação semântica)⁴.

No paradigma positivista kelseniano e hartiano – com algumas distinções –, a aplicação do Direito é feita pelo juiz a partir de múltiplas possibilidades interpretativas, seja na forma de uma “moldura” dentro da qual a decisão judicial poderia adotar, em um ato de conhecimento e de vontade do julgador, qualquer dos sentidos possíveis do Direito (Kelsen), seja como resultado da própria textura aberta da linguagem jurídica, que cria zonas de incerteza onde não há uma única solução possível, abrindo-se espaço ao juízo discricionário do juiz (Hart).

A visão positivista acerca da discricionariedade judicial, entretanto, recebeu duras críticas de pós-positivistas como Ronald Dworkin. O “ataque geral”⁵ que Dworkin lançou contra o positivismo de H. L. A. Hart parte da rejeição do preceito-chave positivista de que o Direito seria um sistema relativamente fechado composto unicamente por regras. Dworkin defendeu a co-existência de outro padrão normativo

³COURA, A.D.C. & AZEVEDO, S.A.D. “Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin”. In: COURA, A.D.C. & BUSSINGUER, E.C.A. (orgs.). *Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: CRV, 2014, p. 101-142.

⁴ÁVILA, H. *Teoria da indeterminação no Direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

⁵DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35.

além das regras: os princípios. Eles vedariam juízos discricionários. A partir da crítica ao positivismo, Dworkin construiu, portanto, uma “teoria jurídica antidiscricionária”⁶, baseada na “tese da resposta correta” e na concepção de Direito como integridade.

O artigo abordará o tema da discricionariedade judicial e seus reflexos especificamente no campo da aplicação da pena à luz de dois importantes teóricos do Direito, que são o italiano Luigi Ferrajoli, autor de obras como “Direito e Razão” e “*Principia Juris*”, e o norte-americano Ronald Dworkin, que escreveu “Levando os Direitos a Sério”, “O Império do Direito” e “Uma Questão de Princípios”, dentre outros títulos. A escolha não é arbitrária: enquanto Ferrajoli sempre se declarou um positivista, tendo construído sua principal tese, conhecida como garantismo, sobre bases fortemente positivistas, Dworkin, por seu turno, foi um crítico feroz do positivismo, tendo desenvolvido sua teoria jurídica (*jurisprudence*) a partir da influência do giro linguístico-pragmático (Wittgenstein) e da hermenêutica (Heidegger e, mais decisivamente, Gadamer). Embora os dois marcos teóricos representem, de certo modo, paradigmas jurídicos distintos, a presente pesquisa fará uma breve aproximação conceitual entre o garantismo (penal) de Ferrajoli e a teoria da *law as integrity* de Dworkin, com ênfase nas possibilidades e limitações de sua incidência no campo da penologia.

Situando-se, portanto, no âmbito da penologia, a presente pesquisa procurará responder o seguinte problema: o garantismo penal de Luigi Ferrajoli e a teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin são capazes de contribuir para a promoção de maior consistência (previsibilidade) na aplicação da pena? Nossa hipótese é a de que a disparidade das penas é uma patologia do sistema de justiça criminal, representando claro exemplo daquilo que Ferrajoli denominava “decisionismo” e, de igual modo, subvertendo a ideia de integridade, defendida por Dworkin.

2. DISCRICIONARIEDADE E DISPARIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA: OS CASOS RECENTES DO MENSALÃO (APN Nº 470 DO STF), DA LAVA-JATO

⁶ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, 2013, p. 346.

E DOS CHAMADOS “ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS” DE 8/1/2023

Não é simples a tarefa judicial de aplicar penas. Se, por um lado, nenhum caso é exatamente igual a outro, tornando necessária uma correta individualização na sentença, por outro lado há uma legítima expectativa por equidade ou isonomia na aplicação das penas, de modo que dois casos idênticos, isto é, com grande semelhança de fatores de individualização relevantes (circunstâncias do crime e do agente), recebam penas iguais. Quando casos idênticos recebem tratamento e solução distintos, ocorre disparidade na aplicação das penas. Pode-se afirmar que a disparidade é um efeito indesejado das sentenças criminais, pois o ideal é maior consistência (previsibilidade) na aplicação das penas.

A discricionariedade (judicial) é um traço característico da aplicação da pena. Não há como eliminar uma certa margem de liberdade valorativa para que o magistrado possa, diante do caso concreto, encontrar a pena mais adequada, individualizando corretamente a sanção. A discricionariedade, porém, precisa ser controlada, sob pena de ser convertida em arbítrio. Uma das consequências lógicas da discricionariedade na aplicação da pena é a disparidade: casos idênticos recebendo penas distintas, com base em fatores extralegais, como a identidade do juiz ou caracteres pessoais do réu (raça, gênero, religião, *status* socioeconômico, *v.g.*).

A maior preocupação com a discricionariedade dos juízes na aplicação da pena envolve a falta de consistência (previsibilidade) da decisão judicial, que assim se converte em arbítrio judicial. Casos similares devem receber penas similares. A capacidade de estabelecer sentenças individualizadas não deve ser retirada dos julgadores, mas a discricionariedade deve ser limitada ou controlada.

Dois casos recentes servem para ilustrar nossa preocupação com a discricionariedade judicial e o consequente problema da disparidade das penas aplicadas:⁷ primeiro, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos embargos infringentes no caso Mensalão (Ação Penal nº 470), ocasião em que o Ministro Luís Roberto Barroso chamou atenção para a exacerbação das penas aplicadas pelo crime

⁷CARVALHO, S. O controle do substancialismo e do decisionismo na aplicação da pena. *Revista Direito em Debate*, n. 53, jul./dez. 2020, pp. 311-317. <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.311-317>

de quadrilha em patamares discrepantes da jurisprudência do próprio STF e dos parâmetros utilizados para outros crimes apurados no mesmo processo.⁸ Com efeito, puderam ser identificados aumentos da pena-base da quadrilha entre 63% e 75%, ao passo que, embora idênticas as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, a exasperação para os outros crimes ficou, em média, em 21%⁹.

Segundo, o julgamento das ações penais relacionadas à chamada “Operação Lava Jato”, pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, na qual pôde ser verificada uma variação de cerca de 273% nas penas aplicadas, para um mesmo crime, a réus distintos¹⁰.

Questões políticas à parte, o fato é que os julgamentos do Mensalão e da Lava-Jato tiveram enorme repercussão nacional. As condenações dos acusados, inclusive de integrantes da classe política, provocaram grande interesse na sociedade. Especificamente em relação à dosimetria das penas aplicadas, contudo, parece ter ocorrido desproporcionalidade e, sobretudo, falta de consistência (previsibilidade) no cálculo das sanções. Os motivos reais ensejadores da disparidade das penas aplicadas em ambos os casos podem ser apenas especulados¹¹. A única certeza é que os resultados inconsistentes na aplicação da pena, no Brasil, decorrem, em geral, de excessiva discricionariedade franqueada aos julgadores. A determinação judicial das penas sofre pela ausência de critérios estabelecidos de modo claro e preciso em lei ou por uma “constante perversão dogmática (doutrina e, sobretudo, jurisprudência) das circunstâncias da aplicação da pena”¹².

O mesmo diagnóstico vale para o julgamento, pelo STF, das inúmeras ações

⁸ NASCIMENTO, A. “Barroso absolve oito réus do crime de formação de quadrilha”. *Agência Brasil*, 26 fev. 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-02/barroso-vota-pela-aceitacao-dos-embargos-infringentes>. Acesso em: 19 fev. 2024.

⁹A grande disparidade das penas aplicadas foi uma das razões para o próprio Ministro Barroso – antes, porém, de ocupar um assento no STF – ter considerado o julgamento da APN nº 470 como um “ponto fora da curva”. In: G1. Barroso diz que mensalão foi “ponto fora da curva” no STF. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/barroso-diz-que-mensalao-foi-ponto-fora-da-curva-no-stf.html>. Acesso em: 19 fev. 2024.

¹⁰CHAER, M. Para o mesmo crime, o juiz federal Marcelo Bretas aplica penas que variam 273%. *Consultor Jurídico*, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/mesmo-crime-marcelo-bretas-aplica-penas-variavam-273/>. Acesso em: 19 fev. 2024.

¹¹O próprio Ministro Barroso registrou, em seu voto nos embargos infringentes na APN nº 470, que o STF havia exasperado indevidamente as penas aplicadas ao crime de quadrilha com a finalidade de evitar a prescrição, o que, por si só, revela a arbitrariedade da condenação judicial.

¹² CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 315.

penais instauradas pela Procuradoria-Geral da República em virtude dos chamados “atos antidemocráticos” praticados por uma multidão na Praça dos Três Poderes, no dia 8 de janeiro de 2023, imediatamente após a derrota nas eleições presidenciais de Jair Bolsonaro.

Com efeito, no julgamento da primeira ação penal (AP nº 1.060/DF), o Ministro Alexandre de Moraes condenou o réu pela prática dos crimes de abolição violenta do Estado Democrático de Direito (art. 359-L do Código Penal), golpe de Estado (art. 359-M), dano qualificado (art. 163, parágrafo único, I, II, III e IV), associação criminosa armada (art. 288, parágrafo único) e deterioração de patrimônio tombado (art. 62, I, da Lei nº 9.605/98).

Na dosimetria penal, o voto do relator considerou como desfavoráveis quatro circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, conduta social, motivos e circunstâncias do crime). A análise de tais circunstâncias pelo Min. Alexandre de Moraes revela nitidamente o excessivo grau de subjetivismo do julgador, resultando em exasperação das sanções com apoio em considerações de cunho genérico, ou, ainda pior, com valoração, na primeira fase da dosimetria, de circunstâncias inerentes aos próprios tipos penais imputados.

Por exemplo, quanto à circunstância da culpabilidade, o voto registrou: “(...) revela-se acentuada a culpabilidade do réu, pois nesta fase como juízo de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta, percebe-se que houve enorme extrapolação daquela que é própria da prática da infração penal”.

Relativamente à conduta social, ficou consignado: “(...) o réu se associou a grupo criminoso cujos propósitos denotam a recalcitrância à observância de regras mínimas de estabelecimento e manutenção da própria ordem político-social do país, na busca por uma ruptura institucional com um golpe de Estado, Intervenção Militar e fim do Estado Democrático de Direito”.

Os motivos do crime também foram considerados especialmente severos: “É extremamente grave a conduta de participar da operacionalização de concerto criminoso voltado a aniquilar os pilares essenciais do estado democrático de direito, mediante violência e danos gravíssimos ao patrimônio público (...)”.

Por fim, o Min. Alexandre de Moraes valorou negativamente as circunstâncias do crime, conforme se extrai do seguinte trecho: “Os atos criminosos, golpistas e

atentatórios das instituições republicanas em 08/01/2023 desbordaram para depredação e vandalismo que ocasionaram prejuízos de ordem financeira que alcança cifras nas dezenas de milhões, para além das perdas de viés social, político, histórico - alguns inclusive insuperáveis -, a serem suportados por toda a sociedade brasileira”.

A partir da análise global das vetoriais do artigo 59 do Código Penal, o voto passou às demais fases do procedimento dosimétrico, resultando nas seguintes penas: a) para o crime do artigo 359-L do CP (pena cominada: de 4 a 8 anos), a pena-base foi fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses, tornada definitiva; b) para o delito do artigo 359-M (pena cominada: de 4 a 12 anos), a pena-base ficou em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses, tornada definitiva; c) para o delito do artigo 163, parágrafo único (pena cominada: entre 6 meses e 3 anos), a pena-base foi fixada em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, tornada definitiva; d) para o crime ao artigo 62, I, da Lei nº 9.605/98 (pena cominada: de 1 a 3 anos), tendo a pena-base sido estabelecida em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, tornada definitiva; e e) por último, para a infração penal do art. 288, parágrafo único (pena cominada: de 1 a 3 anos, a pena-base ficou estabelecida em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, sendo majorada em 1/3, totalizando uma pena definitiva de 2 (dois) anos.

O caso dos atos antidemocráticos revela uma outra consequência negativa da discricionariedade judicial, além da disparidade, que é a desproporcionalidade ou excessivo punitivismo das penas. Parece claro que houve, no voto do Ministro relator, manipulação hermenêutica do significado aberto das circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), com o claro intuito de fixar as sanções em patamares demasiadamente elevados. Em um país com níveis alarmantes de encarceramento, a desproporcionalidade decorrente da excessiva discricionariedade de que gozam os juízes na aplicação das penas deve ser vista como uma patologia do sistema de justiça criminal, da mesma forma como o problema da disparidade (ausência de previsibilidade).

3. A DISCRICIONARIEDADE COMO LEGADO DO POSITIVISMO E A CRÍTICA DE FERRAJOLI AO “DECISIONISMO” (POSITIVISMO CRÍTICO)

Na teoria jurídica, inegavelmente é reconhecido que uma das consequências

do positivismo jurídico do final do século XIX era reservar aos juízes uma margem de discricionariedade, que seria uma espécie de “válvula de escape” do ordenamento jurídico para viabilizar decisões judiciais tomadas diante de casos concretos para os quais nenhuma regra expressa serviria de norte. Positivistas clássicos como Hans Kelsen, de fato, adotavam uma postura decisionista em face de lacunas legais (ausência de regras) ou conflitos insolúveis entre regras. Além disso, mesmo após identificar que a linguagem contida na lei não possui sentido único – o que é de fato correto –, o jurista austríaco defendia que, dentro de uma moldura de interpretações possíveis, caberia ao juiz decidir voluntariamente. A interpretação e a aplicação do Direito constituiriam tarefas entregues à vontade do julgador¹³.

Para a “Teoria Pura do Direito” (1939), de Hans Kelsen, a discricionariedade seria verdadeiro elemento integrante da atividade de interpretar o Direito. A autoridade do Poder Judiciário e da decisão judicial seriam o fundamento para a defesa positivista, na versão kelseniana, da discricionariedade dos juízes.

Outro famoso positivista, H. L. A. Hart, autor de “O Conceito de Direito” (1961), defendia a discricionariedade judicial como solução para casos difíceis situados nas chamadas “zonas de penumbra” (ausência de clareza semântica), marcadas pela textura aberta da linguagem legal. O juiz positivista claramente exerce uma “função criativa”¹⁴.

O positivismo jurídico, portanto, era essencialmente discricionário, autorizando que, na prática judicial, a aplicação do Direito ficasse, em alguns casos, à mercê de critérios extralegais e absolutamente pessoais dos julgadores. O complexo problema da indeterminação do Direito seria “resolvido” pela discricionariedade judicial.

O legado discricionário do positivismo não impediu, porém, um certo dissenso interno entre os próprios positivistas. O jurista italiano Luigi Ferrajoli, por exemplo, responsável pelo desenvolvimento da influente teoria do “garantismo penal” – particularmente difundida no Brasil e na América Latina –, estruturou sua epistemologia garantista em torno de uma crítica a dois aspectos encontrados em sistemas penais tipicamente inquisitoriais (autoritários): *substancialismo*, no âmbito do Direito Penal

¹³ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

¹⁴ HART, H.L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

material, e *decisionismo*, na esfera processual penal. No plano da criminalização, vigoraria uma concepção ontológica ou substancialista do delito, segundo a qual o objeto de conhecimento e de tratamento penal não seria a conduta formalmente prevista em lei, mas seu caráter antissocial e imoral manifestado na pessoa do criminoso.¹⁵ No campo da prática judiciária, o modelo de “juízo penal potestativo”¹⁶ é caracterizado por ampla subjetividade na apreciação das provas e de todos os demais elementos processuais relevantes para a decisão.

O emprego, por Ferrajoli, da categoria “decisionismo” revela uma postura crítica do garantismo à atuação criadora do Direito pelo Poder Judiciário (em geral) e ao autoritarismo (e arbítrio) da jurisdição penal (em particular)¹⁷.

Discricionariedade e decisionismo são temas que se conectam claramente no tema da aplicação da pena, objeto do nosso estudo.

Com efeito, não seria inédita a afirmação de que a (excessiva) discricionariedade da aplicação da pena no Brasil pode ser atribuída, sobretudo, a problemas decorrentes da metodologia legal definida pelo Código Penal (dosimetria penal): a) falta de clareza de linguagem na enunciação de expressões como “culpabilidade”, “conduta social” e “personalidade” (artigo 59); e b) ausência de critérios quantitativos (numéricos) claros, em todas as etapas do processo individualizador da sanção (pena-base e aumentos/diminuições sucessivos)¹⁸.

Nesse contexto, parece correto admitir que a prática entre os juízes brasileiros tem sido marcada por grande “subjetivação dos critérios de valoração” (da pena) e consequente “enfraquecimento das diretrizes legais de controle da decisão”.¹⁹ Em outras palavras, a dimensão antigarantista do decisionismo é um triste atributo da

¹⁵ O substancialismo penal de Ferrajoli, portanto, possui clara vinculação à ideia do denominado “Direito Penal do autor”. In: CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 311.

¹⁶ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2009, p. 43.

¹⁷ Ferrajoli sempre preferiu se autointitular adepto de um “juspositivismo crítico”, compartilhando algumas importantes premissas do positivismo clássico, como a separação entre Direito e Moral. In: FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2009, p. 871.

¹⁸ CAMPOS, G.S.D.Q. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021.

¹⁹ CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 311.

determinação judicial das penas.

A questão ainda a resolver, diante da grande margem de liberdade franqueada aos juízes na individualização das sanções, é a de como estabelecer maior controle da decisão judicial.

O caminho proposto por Ferrajoli passa, primordialmente, pela depuração da linguagem utilizada pela lei, ou seja, por maior precisão semântica por parte do legislador, reduzindo-se, por consequência, os espaços abertos à discricionariedade e a exigência de interpretação na aplicação da pena²⁰. A proposta de fechar o sentido dos textos é coerente com a defesa firme do princípio da legalidade em sua faceta mais estrita (taxatividade da lei penal) no marco garantista.

Independentemente da utilização do garantismo de Ferrajoli como marco teórico, há uma nítida tensão entre maior taxatividade ou determinabilidade das penas, de um lado, e discricionariedade no caso concreto, de outro.²¹ Significa dizer que, em princípio, quanto mais fechadas forem as regras legais sobre a aplicação da pena, menor será a margem de valoração deixada para a determinação judicial das sanções. O desejado é um equilíbrio entre a determinabilidade (legal) e a flexibilidade (judicial), para que não seja suprimida dos julgadores sua capacidade de levar a cabo a necessária individualização diante do caso concreto²².

²⁰ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²¹ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 113.

²² Diferentes modelos de aplicação da pena encontrados no direito comparado buscam resolver, cada um a seu modo, o problema da discricionariedade judicial. Em um extremo, o sistema de penas obrigatórias ou pré-fixadas (*mandatory sentencing*), geralmente restrito aos crimes mais graves, simplesmente impõe ao juiz um *quantum* de pena a aplicar, sem espaço para qualquer individualização. Tal sistema ainda vigora em países como Inglaterra e Gales, EUA e Canadá. No extremo oposto, o sistema das penas indeterminadas (*indeterminate sentencing*), que vigorou durante boa parte do século XX nos países da *common law*, apenas previa em lei penas mínimas para alguns casos e, em contrapartida, estabelecia penas máximas elevadas, deixando a decisão final sobre o tempo que uma pessoa condenada efetivamente cumpriria de pena (prisão) para decisão discricionária de uma *parole board*, órgão administrativo incumbido do exame de pedidos de livramento condicional na tradição jurídica norte-americana (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021). No mundo da *common law*, predominam hoje sistemas de *sentencing guidelines* (diretrizes de sentença), que, essencialmente, procuram equilibrar previsibilidade das penas e capacidade de individualização no caso concreto, com maior ou menor êxito (CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021; QUIRÓS, Diego Zysman.

A tese ferrajoliana serve para reforçar a centralidade da ideia de legalidade estrita (taxatividade) da lei penal, particularmente no que tange às regras legais sobre a aplicação da pena (no caso do Brasil, a “dosimetria penal”). Deve-se ter em mente o importante papel de garantia exercido, no processo penal, pelo conjunto de regras definidoras de uma metodologia legal (dosimetria penal) norteadora da tarefa judicial de individualização das sanções. Sem dúvida, a adoção de tipos abertos na lei fragiliza a previsibilidade das penas, resultando potencialmente em decisionismo ou arbítrio judicial.

É necessário, todavia, reconhecer limitações à adoção do garantismo penal no campo da aplicação da pena. Muito embora seja legítima a pretensão formulada por Ferrajoli de contínuo aprimoramento dos textos legais, já há muito tempo é apontado que, sob vários aspectos, a proposta de “precisão semântica garantista”²³ não é, por si só, capaz de assegurar um controle adequado da decisão judicial (de aplicação da pena). Talvez seja impossível simplesmente fechar os sentidos linguísticos do texto legal. Considerando que as normas jurídicas são expressas na forma de linguagem, a qual será sempre vaga, cabe ao intérprete a tarefa de construir o sentido das normas.

Na parte seguinte de nosso estudo, examinaremos o impacto da abertura hermenêutica do Direito, traço marcante do paradigma pós-positivista, no campo da penologia. E, em especial, examinaremos as possibilidades e limitações da teoria da integridade do Direito, desenvolvida por Ronald Dworkin.

4. O PAPEL DA HERMENÊUTICA E O CONCEITO DWORKINIANO DE "INTEGRIDADE" APLICADO À PENOLOGIA: UMA VISÃO PÓS-POSITIVISTA SOBRE OS PROBLEMAS CLÁSSICOS DA APLICAÇÃO DA PENA

Castigo e determinação da pena nos E.U.A.: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines. Florianópolis: Empório do Direito, 2017).

²³PINHO, A.C.B.D. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 93.

Fora do marco positivista, a teoria jurídica passou por uma verdadeira revolução a partir da filosofia da linguagem e dos movimentos conhecidos como “virada hermenêutica” (Heidegger e Gadamer) e “giro pragmático” (Wittgenstein). O chamado “caráter textual do Direito” na modernidade tornou-se complexo. O texto não é, como antes se poderia acreditar, auto-aplicável, demandando sempre uma atividade (judicial) de construção de sentido. De modo distinto do positivismo jurídico, teorias contemporâneas do Direito mostraram que a necessidade de interpretação não decorre de defeitos de redação dos textos jurídicos. Interpretar é sempre necessário; a interpretação é a atividade através da qual ocorre/ a construção de sentido das normas jurídicas. Talvez a grande mudança ocorrida na transição entre os paradigmas positivista e pós-positivista seja a descrença em um sentido ontológico do texto legal capaz de garantir a correção da interpretação. Reconhece-se, assim, a abertura hermenêutica do Direito.

A partir da virada linguística na filosofia e em outros campos do conhecimento, a penologia passou a lançar mão da hermenêutica como mecanismo para reduzir os “amplos horizontes de interpretação”²⁴ decorrentes da técnica legislativa de utilização de tipos penais abertos na aplicação da pena (“personalidade do réu”, “conduta social” etc).

A hermenêutica, assim, tornou-se ferramenta crucial para uma correta interpretação (crítica) das regras legais sobre a aplicação da pena no Brasil. A título puramente exemplificativo, recorde-se que, após muita controvérsia, a circunstância judicial “antecedentes”, contida no artigo 59 do Código Penal, acabou sendo interpretada de modo a excluir de sua interpretação inquéritos policiais e ações penais em andamento (Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça), compatibilizando-se o texto com o âmbito normativo do princípio da presunção de inocência.

A compreensão do texto legal como mero ponto de partida da atividade hermenêutica de construção de sentido da norma parece ter sido capaz de superar a proposta positivista de enfrentamento do problema da indeterminação do Direito

²⁴ CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 316.

através da discrecionalidade judicial. No campo da aplicação da pena, sempre foi reconhecida, sem maiores dificuldades, a grande indeterminação (tipicidade aberta) das regras do Código Penal brasileiro. A hermenêutica pós-positivista equipa o intérprete (julgador) melhor do que o recurso positivista à discrecionalidade pura e simples.

A hermenêutica gadameriana foi o ponto de partida de uma das mais influentes teorias jurídicas contemporâneas, particularmente voltada para a construção de uma teoria da decisão judicial marcadamente antidiscrecionalária²⁵: a tese do Direito como integridade (*law as integrity*) do jurista norte-americano Ronald Dworkin, desenvolvida na obra “O Império do Direito” (1986).

Resumidamente, a teoria da decisão judicial desenvolvida por Dworkin, baseada na noção de integridade, envolve, no mínimo, três importantes aspectos: a) a compreensão de sua crítica à discrecionalidade judicial, b) a chamada “tese da única resposta correta”, e c) a analogia literária conhecida como “romance em cadeia”.

Com relação à discrecionalidade, Dworkin sempre criticou a lógica positivista segundo a qual, na ausência de regra válida, não existiria obrigação jurídica e, assim, o juiz, diante de um caso difícil, poderia criar o Direito. Para ele, aos juízes não seria permitido julgar discrecionalmente, de modo decisionista, por seus próprios critérios de justiça (subjetividade). Haveria, para todos os casos, uma única resposta correta, que aplique as regras e princípios vigentes em uma dada sociedade de forma íntegra. A “tese da única resposta correta” (*one-right answer thesis*), portanto, não admitiria qualquer espaço para juízos discrecionais, já que existiria sempre uma solução construída argumentativamente dentro do próprio Direito (sistema de regras e princípios), e não fora dele (puro arbítrio judicial)²⁶.

A construção argumentativa e paulatina do Direito ocorre, na visão de Dworkin, à semelhança de um “romance em cadeia” (*chain novel*). A tese do Direito como integridade exige que o juiz se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. A decisão judicial não é produzida em um vazio, mas sim em

²⁵ STRECK, L.L. Porque a discrecionalidade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, 2013, pp. 343-367.

²⁶ STRECK, L.L. Porque a discrecionalidade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, 2013, pp. 343-367.

constante diálogo com a história e a tradição institucional (do Poder Judiciário)²⁷.

Interpretação e argumentação, portanto, ocupam posição central na teoria jurídica de Dworkin, que é, essencialmente, uma teoria da decisão judicial (*adjudication*). É correto afirmar que sua tese mais importante, a do Direito como integridade, concretiza de modo crítico a “virada hermenêutica no direito”²⁸, o que situa o pensamento do jurista norte-americano dentro do paradigma pós-positivista.

Muito embora Ronald Dworkin não tenha construído seu pensamento a partir do processo penal, é inegável que, em termos práticos, a discricionariedade é um dos principais problemas da aplicação da pena. A excessiva subjetividade das decisões (decisionismo) produz como resultado prático a significativa disparidade encontrada nas sentenças criminais, colocando em risco a própria integridade das penas.

A aplicação extensiva da tese dworkiniana de *law as integrity* ao campo da penologia poderia significar, em primeiro lugar, um forte repúdio à discricionariedade judicial na aplicação da pena. Não deveria haver espaço para juízos discricionários nas sentenças criminais. Embora não trabalhe com a categoria ferrajoliana do “decisionismo”, Dworkin também seria seguramente contrário a decisões judiciais baseadas em critérios pessoais do julgador na esfera penal, com valorações subjetivas da prova processual e cálculo arbitrário das sanções aplicadas, em desconformidade com as diretrizes estabelecidas pelo legislador e com a própria prática judicial.

Complementando a crítica à discricionariedade, admitir que para todo problema jurídico exista uma resposta correta significaria, no juízo penal, reconhecer a existência de uma “única pena correta”, construída pelos juízes de maneira argumentativamente (hermeneuticamente) válida, isto é, em consonância às regras e princípios jurídicos vigentes em uma determinada sociedade. A busca pela pena correta, em cada caso

²⁷O argumento dworkiniano de necessidade de respeito da história institucional se tornou uma das grandes premissas do atual Código de Processo Civil brasileiro no tema do tratamento do direito jurisprudencial (precedentes). Em especial, o artigo 926 determina que os tribunais uniformizem a jurisprudência, mantendo-a “estável, íntegra e coerente”. O precedente se insere em uma cadeia argumentativa que constrói o Direito gradativamente. In: BAHIA, A.M.F; NUNES, D. & PEDRON, F. *Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta?* Disponível em: https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/?gad_source=1&gclid=Cj0KCQiAoeGuBhCBARIsAGfKY7ye21ofgMSFp7pbclfflZmMle1VcBYSFgPJbMc1Lwl1ts64e8oHpvoaAvMrEALw_wcB. Acesso em: 19 fev. 2024.

²⁸CHUERI, V.K. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995, p. 129.

concreto, deve ser mediada pela hermenêutica, assim considerada como ferramenta crucial para a construção do sentido que seja sempre capaz de revelar o Direito na sua melhor luz.

Por derradeiro, a tese da integridade criada por Ronald Dworkin guarda perfeita compatibilidade com a pretensão de maior consistência (previsibilidade) na determinação judicial das penas. Recordando a ideia de romance em cadeia, se compreendermos cada sentença criminal como um capítulo e cada juiz como seu autor, não é difícil concluir pela necessidade de coerência na aplicação das penas. A integridade restaria vulnerabilizada toda vez que fossem fixadas sanções penais distintas para casos semelhantes. O fenômeno (indesejado) da disparidade, portanto, violaria a noção de integridade tal como sustentada por Dworkin.

A via hermenêutica e a noção dworkiniana de integridade na aplicação da pena também possuem limitações. Não há dúvidas de que a hermenêutica tem sido fundamental diante dos enormes “horizontes de ambiguidade e de vagueza”²⁹ encontrados nas regras do Código Penal brasileiro que orientam os juízes na aplicação das penas. Sem o recurso à hermenêutica, o campo de discricionariedade judicial permaneceria amplo, resultando em arbítrio³⁰ e grande disparidade nas penas concretamente aplicadas. A ideia de integridade, que Dworkin desenvolveu a partir da hermenêutica filosófica gadameriana, também oferece claro potencial de reduzir espaços discricionários na determinação judicial das penas. Uma característica comum a ambas as abordagens é que elas operam dentro da linguagem (no caso, legislativa), apontando – corretamente, diga-se – que não há termos ou expressões dotadas de significados em si mesmos; em outras palavras, a lei contém palavras que, independentemente de sua aparente precisão semântica, na realidade exigem uma atividade hermenêutica atribuidora de sentido³¹. A grande dificuldade é que a fixação da pena em concreto é tarefa que combina, simultaneamente, uma lógica simbólica, matemática – pois, no final da individualização, o juiz terá que chegar a um número,

²⁹ CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 361.

³⁰ Salo de Carvalho afirma com absoluta propriedade que “(...) quanto menores forem os espaços de incerteza, menores serão os de arbítrio judicial”. In: CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 361.

³¹ CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

que é o *quantum* de pena – e a linguagem natural das normas jurídicas. Teorias hermenêuticas como o Direito como integridade de Dworkin não parecem capazes de resolver problemas de ordem matemática, pouco auxiliando na atribuição de valores numéricos aos fatores relevantes de individualização das penas, expressos na lei na forma de linguagem natural (jurídica).

5. PROMOVENDO MAIOR CONSISTÊNCIA NA APLICAÇÃO DA PENA: INDO ALÉM DE UMA APLICAÇÃO GARANTISTA DA PENA E DA "ÚNICA PENA CORRETA"

A atividade judicial de determinação das penas enfrenta uma tensão inerente entre a necessidade de individualização da sanção às circunstâncias do caso concreto e um desejo de promover maior consistência (previsibilidade). Por um lado, a própria ideia de justiça exige que os juízes tenham discricionariedade suficiente para atingirem a sentença mais “correta” possível, que reflita o caráter único de cada infração penal e de seu autor. A consequência lógica é que um certo nível de inconsistência nas sentenças seria inevitável³². Por outro lado, a previsibilidade na aplicação da pena já foi descrita como uma virtude³³ ou um fim em si mesma³⁴, isto é, um objetivo a ser alcançado.

Sempre predominou, no Brasil e no mundo, um indisfarçável “*ethos* discricionário”³⁵ no tema da determinação judicial das penas. Desde que minimamente respeitadas as regras de aplicação da pena previstas no Código Penal brasileiro, v.g., se o juiz estabelecer a sanção dentro de parâmetros razoáveis e fundamentar sua decisão, os processos de valoração, de atribuição de sentidos ao texto legal e de quantificação das circunstâncias concretas fugirão ao escrutínio das partes e até mesmo das instâncias recursais.

³² KRASNOSTEIN, S. & FREIBERG, A. Pursuing consistency in an individualistic sentencing framework: if you know where you're going, how do you know when you've got there? *Law and Contemporary Problems*, n. 76, 2013.

³³ TATA, C. & HUTTON, N. Consistency and disparity. *International Journal of the Sociology of Law*, n. 26, 1998.

³⁴ PINA-SÁNCHEZ, J. & LINACRE, R. Refining the measurement of consistency in sentencing: a methodological review. *International Journal of Law, Crime and Justice*, n. 44, 2016.

³⁵ VON HIRSCH, A. “The project of sentencing reform”. In: TONRY, M. & FRASE, R. (orgs.). *Sentencing and sanctions in Western countries*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

O exercício da discricionariedade, entretanto, deve ser objeto de preocupação. Na falta de maiores controles sobre a margem de liberdade dos juízes na aplicação da pena, as consequências serão a ausência de maior previsibilidade, com prejuízo à taxatividade da lei penal e à ideia de segurança jurídica, além de disparidade nas sentenças criminais.

Uma proposta de aplicação *garantista* da pena, centrada na defesa da taxatividade da lei penal, à luz do pensamento de Luigi Ferrajoli, parece bastante promissora na promoção de maior previsibilidade (consistência) das sentenças criminais. Diante de tantas incertezas que cercam a chamada “dosimetria penal” brasileira, é plausível afirmar que a metodologia legal de aplicação da pena definida no Código Penal fragiliza demasiadamente o princípio da legalidade, em seu aspecto de taxatividade (lei penal estrita). Para Ferrajoli, a legalidade garantista, estrita ou taxatividade representa verdadeira “condição de validade ou legitimidade das leis vigentes”³⁶. É uma norma meta-legal dirigida precipuamente ao legislador, a quem incumbe adotar uma técnica legislativa penal idônea a conferir taxatividade a todos os pressupostos de aplicação da pena.

Curiosamente, sem embargo das diferenças fundamentais entre as teorias de Ferrajoli e Dworkin – que, como assinalamos, representam distintos paradigmas jurídicos, o positivista e o pós-positivista –, deve ser destacado que Dworkin também se preocupa com o conteúdo das leis, tanto que o conceito de integridade vale não só para a adjudicação (decisão judicial), como para a própria legislação. De fato, Dworkin distinguia duas exigências distintas de sua ideia de integridade no direito: um princípio legislativo, voltado à elaboração das regras jurídicas em geral, e um princípio adjudicativo, preocupado com o processo de deliberação judicial. Ambos têm por objetivo assegurar que o direito seja criado, interpretado e aplicado de modo coerente e em conformidade aos valores e princípios compartilhados em uma dada comunidade³⁷. No campo penal, as regras atinentes à aplicação da pena precisariam ser aperfeiçoadas para alcançarmos maior coerência (previsibilidade) nas sentenças criminais. Pelo menos no Brasil, parece claro que estamos longe da ideia de integridade

³⁶ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2009, p. 95.

³⁷ DWORKIN, R. *O império do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

defendida por Ronald Dworkin e da noção de “única pena correta”, aquela construída argumentativamente (hermeneuticamente) de acordo com a melhor interpretação do Direito e em consonância com a própria prática judiciária.

O grande desafio é identificar uma melhor estratégia legislativa para o aprimoramento da taxatividade das regras legais sobre a aplicação da pena. Propostas para uma aplicação garantista da pena precisam mirar, necessariamente, a maximização da determinabilidade das penas. A legislação brasileira apresenta pontos positivos, como, p. ex., a existência de regras de priorização ou preponderância (como no caso de concurso de agravantes e atenuantes, na forma do artigo 67 do Código Penal) e de critérios numéricos de atribuição de valor a fatores de agravamento e atenuação da pena (na terceira fase da dosimetria penal). Reduz-se, assim, a discricionariedade judicial nas operações matemáticas inerentes ao processo de individualização das sanções. *De lege ferenda*, já foram sugeridos novos mecanismos de redução da discricionariedade, como, e.g., a prefixação da pena-base, que deixaria de ser calculada pelo julgador a partir de suas valorações (subjetivas) de circunstâncias legais de tipicidade aberta – grande crítica dirigida à redação do artigo 59 do CP –, e já viria predeterminada pelo legislador³⁸.

Saindo do garantismo de Ferrajoli, a ideia de Direito como integridade, desenvolvida por Dworkin, permite-nos pensar no potencial de uma “única pena correta”, construída de modo argumentativo diante do caso individual, porém consolidando uma prática judiciária coerente, sem grande espaço para disparidades. Tal construção vem sendo tentada, há tempos, pela via hermenêutica, com a depuração *de lege lata* dos dispositivos legais relativos à aplicação da pena. Por exemplo, coube à doutrina crítica buscar a melhor interpretação possível das circunstâncias judiciais (abertas) descritas no artigo 59 do Código Penal. A jurisprudência evoluiu no mesmo caminho. Contudo, não é possível afirmar que as penas chegam a ser aplicadas com integridade no Brasil. Juízes e tribunais gozam de ampla discricionariedade, de modo a vulnerar a coerência da aplicação da pena. Propostas visando a incrementar a integridade das penas possivelmente terão que enfrentar o problema da ausência de

³⁸CAMPOS, G.S.D.Q. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021.

um dever legal de adesão ou obediência (*compliance*) por parte dos julgadores às diretrizes jurisprudenciais em matéria de aplicação da pena. Nenhuma integridade será possível enquanto juízes puderem individualizar as sanções com grande discrecionalidade, sem qualquer preocupação com a coerência das sentenças criminais³⁹.

Taxatividade penal (Ferrajoli) e integridade na legislação (Dworkin), portanto, apesar de terem origem em teorias absolutamente distintas, caminham em uma mesma única direção: a da promoção de maior previsibilidade das penas, com a redução dos espaços de discrecionalidade na jurisdição penal. Não há, entre as duas abordagens, verdadeira incompatibilidade. Uma vez corretamente compreendidas, salta aos olhos a relação de complementariedade existente entre elas. O ponto forte do garantismo penal de Ferrajoli, no campo da penologia, é a defesa firme de maior taxatividade da lei penal, o que pode ajudar o julgador a resolver os graves problemas matemáticos causados pelas regras do Código Penal. Afinal, o processo de individualização da sanção, por mais complexo que possa ser, precisa chegar na definição de um *quantum* de pena, expressado em um valor numérico. Porém, como as normas são construídas na forma de linguagem (natural), expressando-se em textos legais, é nesse ponto que teorias hermenêuticas, como a de Ronald Dworkin, são necessárias. Não é possível renunciar à utilização da hermenêutica no campo da penologia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discrecionalidade judicial é um tema extremamente caro para a teoria jurídica em geral – afinal, a questão dos juízos discrecionários envolve, no fundo, a eterna indagação sobre o que o Direito é –, além de interessar particularmente à

³⁹ Em outros países, especialmente na tradição jurídica da *common law*, há uma séria preocupação com a falta de integridade na determinação judicial das penas. O modelo atualmente predominante em países como Estados Unidos, Inglaterra e País de Gales, Austrália e Nova Zelândia, que é o das *sentencing guidelines*, costuma prever expressamente a existência de um dever de *compliance* por juízes e tribunais, buscando assegurar maior consistência (previsibilidade) na aplicação da pena. In: CAMPOS, G.S.D.Q. Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discrecionalidade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021.

penologia. Com efeito, a aplicação da pena por juízes e tribunais é atividade inerentemente discricionária. É usual a afirmativa de que os julgadores devem reter liberdade suficiente para serem capazes de individualizar de modo adequado as sanções, até por força de comando constitucional explícito (artigo 5º, XLVI, da Constituição de 1988).

Sustentamos que a disparidade resultante da discricionariedade judicial é um efeito indesejado da aplicação da pena. Disparidade é o oposto de consistência (previsibilidade) das sentenças criminais. Quando dois réus, que praticaram crimes idênticos, recebam penas distintas, fica fragilizada a própria ideia de justiça. A questão que enfrentamos ao longo deste estudo foi a de como limitar a discricionariedade judicial e, por consequência, promover maior determinabilidade das penas.

A pesquisa analisou a teoria do “garantismo penal”, de Luigi Ferrajoli, e a concepção do “Direito como integridade”, de Ronald Dworkin, suas possibilidades e seus limites no âmbito da aplicação da pena. Faz sentido falar em uma aplicação *garantista* da pena, à luz do pensamento de Ferrajoli? Podemos esperar maior integridade das penas ou até pensarmos na ideia de uma “única pena correta”, utilizando a linguagem dworkiniana?

Ferrajoli sempre criticou a ausência de maior taxatividade das leis penais, o que, no campo da aplicação da pena, revela-se indiscutivelmente no emprego, pelo legislador, da técnica da tipicidade aberta. Expressões encontradas no Código Penal vigente, tais como “culpabilidade”, “conduta social” e “personalidade” (artigo 59), carecem de qualquer precisão semântica. O resultado disso, na visão do autor de “Direito e Razão”, é a autorização de juízos discricionários por parte dos julgadores, caracterizando a categoria ferrajoliana do “decisionismo”. A proposta do italiano, assim, passa, sobretudo, pela depuração da linguagem utilizada pela lei, reduzindo-se, por consequência, os espaços abertos à discricionariedade e a exigência de interpretação na aplicação da pena⁴⁰.

Muito embora a posição de Ferrajoli seja coerente com a firme defesa do princípio da legalidade estrita (taxatividade) da lei penal, vimos que não é simples

⁴⁰PINHO, A.C.B.D. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

fechar o sentido dos textos legais. O paradigma jurídico pós-positivista, a partir do desenvolvimento da filosofia da linguagem e da hermenêutica moderna, passou a entender que o texto não é auto-aplicável, exigindo sempre uma atividade (judicial) de construção de sentido. O texto não possui um sentido ontológico capaz de assegurar a correção da interpretação. O reconhecimento da abertura hermenêutica do Direito parece contrapor a proposta ferrajoliana de atribuir precisão semântica às regras legais.

De fato, pode-se afirmar que os maiores avanços na direção de controle da discricionariedade de juízes e tribunais na aplicação da pena podem ser atribuídos à tarefa de interpretação das regras da dosimetria penal. A via hermenêutica, portanto, tem constituído instrumental imprescindível para a melhor interpretação possível do Código Penal brasileiro.

A teoria do Direito como integridade (Ronald Dworkin) pode representar uma nova etapa hermenêutica no campo da penologia. Por mais que a individualização da pena já venha sendo o produto de uma construção argumentativa por parte dos julgadores, a ideia de integridade permitiria, em tese, a consolidação de uma prática judiciária coerente, sem grande espaço para disparidades nas sentenças criminais.

Examinamos, em nossa pesquisa, as possibilidades e os limites de cada uma das teorias em questão no campo da penologia. Os resultados parecem promissores, desde que devidamente entendida a complexidade da tarefa judicial de determinação das penas, que compreende, obrigatoriamente, um inegável aspecto matemático – uma vez que, ao final da individualização, o juiz precisa chegar a um número final, que é o *quantum* de pena –, além de vicissitudes decorrentes da linguagem empregada nos textos jurídicos. Parece mais fácil, à moda de Ferrajoli, aumentar a taxatividade da lei no tocante aos critérios numéricos utilizados na “dosimetria penal”, sem uma preocupação em conferir maior precisão semântica a qualquer texto. Por outro lado, a interpretação construtiva de sentido defendida por Dworkin pode avançar na direção de verdadeira integridade no processo adjudicativo penal, desde que venham a ser vislumbradas formas de assegurar maior adesão dos juízes aos critérios de aplicação da pena, de modo que ela possa, no futuro, constituir um autêntico empreendimento coletivo, uma obra escrita a múltiplas mãos por representantes do Poder Judiciário conscientes da responsabilidade de suas posições.

7. REFERÊNCIAS

- ÁVILA, H. *Teoria da indeterminação no Direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.
- BAHIA, A.M.F; NUNES, D. & PEDRON, F. *Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta?* Disponível em: https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/?gad_source=1&gclid=Cj0KCQiAoeGuBhCBARIsAGfKY7ye21ofgMSFp7pbclfflZmMle1VcBYSFGpJbMc1Lwl1ts64e8oHpvoaAvMrEALw_wcB. Acesso em: 19 fev. 2024.
- CAMPOS, G.S.D.Q. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CARVALHO, S. O controle do substancialismo e do decisionismo na aplicação da pena. *Revista Direito em Debate*, n. 53, jul./dez. 2020, pp. 311-317. <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.54.311-317>.
- CARVALHO, S. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CHAEER, M. Para o mesmo crime, o juiz federal Marcelo Bretas aplica penas que variam 273%. *Consultor Jurídico*, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/mesmo-crime-marcelo-bretas-aplica-penas-variavam-273/>. Acesso em: 19 fev. 2024.
- CHUERI, V.K. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.
- COURA, A.D.C. & AZEVEDO, S.A.D. "Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin". In: COURA, A.D.C. & BUSSINGUER, E.C.A. (orgs.). *Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: CRV, 2014.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, R. *O império do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2009.
- HART, H.L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KRASNOSTEIN, S. & FREIBERG, A. Pursuing consistency in an individualistic sentencing framework: if you know where you're going, how do you know when you've got there? *Law and Contemporary Problems*, n. 76, 2013.
- NASCIMENTO, A. Barroso absolve oito réus do crime de formação de quadrilha. *Agência Brasil*, 26 fev. 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-02/barroso-vota-pela-aceitacao-dos-embargos-infringentes>. Acesso em: 19 fev. 2024.
- PINA-SÁNCHEZ, J. & LINACRE, R. Refining the measurement of consistency in sentencing: a methodological review. *International Journal of Law, Crime and Justice*, n. 44, 2016.
- PINHO, A.C.B.D. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

- QUIRÓS, D.Z. *Castigo e determinação da pena nos E.U.A.: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- STRECK, L.L. Porque a discrecionalidade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, 2013, pp. 343-367.
- TATA, C. & HUTTON, N. Consistency and disparity. *International Journal of the Sociology of Law*, n. 26, 1998.
- TEIXEIRA, A. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- VON HIRSCH, A. The project of sentencing reform. In: TONRY, M. & FRASE, R. (orgs.). *Sentencing and sanctions in Western countries*. Oxford: Oxford University Press, 2001.