

# UMA PROPOSTA DE COMPREENSÃO DAS BASES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CRIMINAL A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA TEORIA GARANTISTA

## *A PROPOSAL FOR UNDERSTANDING THE BASIS OF THE DUE CRIMINAL LEGAL PROCESS FROM THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND THE GUARANTEE THEORY*

Pietro Cardia Lorenzoni<sup>1</sup>

---

1 Advogado, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), aluno da especialização em justiça constitucional pela Universidade de Pisa/Itália (UNIP), aluno da especialização em gestão e docência no ensino superior pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) e aluno regular do Mestrado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS).

## Resumo

O presente estudo aborda os vínculos entre a democracia, o império do direito e o devido processo legal, relacionando-os a partir da dignidade da pessoa humana. Assim, parte-se das compreensões de democracia e Estado de direito de Bobbio e Canotilho para demonstrar a importância da dignidade da pessoa humana tanto como fundamento do Estado como critério norteador do devido processo legal. Por fim, introduzem-se os princípios fundantes da teoria garantista de Ferrajoli como bases adequadas para a compreensão do devido processo legal no âmbito do direito penal. Destarte, objetiva-se auxiliar no debate sobre o desenvolvimento e qual o adequado processo democrático a ser efetivado no Estado Democrático de Direito brasileiro. O método de pesquisa empregado foi a revisão bibliográfica. Por fim, conclui-se que o estudo do processo penal garantista tem o condão de auxiliar na elaboração e desenvolvimento do necessário processo penal de bases democráticas e constitucionais que ainda não se efetivou na prática forense brasileira.

**Palavras-chave:** Democracia; Estado Constitucional de Direito; Processo; Processo penal; Devido Processo Legal

## Abstract

The present study addresses the links between democracy, the rule of law and due process of law, relating them to the human dignity. Thus, it is based on Bobbio and Canotilho's understandings of democracy and the rule of law, in order to demonstrate the importance of the human dignity, both as the foundations of the State and as the guiding principle of due process of law. Finally, the principles of the Ferrajoli guarantor theory are introduced as adequate bases for the understanding of due process in criminal law. Thus, it aims to assist in the debate about development and what is the appropriate democratic process to be implemented in the Brazilian Democratic State of Law. The method used was the bibliographic review. Finally, it is concluded that the study of the *teoria del garantismo penale* can assist in the elaboration and development of the necessary criminal procedure with democratic and constitutional bases that has not yet been effected in Brazilian forensic practice.

**Keywords:** Democracy; Rule of law; Process; Criminal procedure; Due process of law

## Introdução

A presente pesquisa busca fazer uma aproximação e demonstrar a íntima ligação que há entre a democracia, o Estado Constitucional de Direito e o devido processo legal. A partir desta ligação, introduzem-se as bases da teoria garantista de Ferrajoli como forma racional, legítima e possível para compreender e aplicar o processo penal, ou seja, como as bases do processo garantista de Ferrajoli podem servir como compreensão de um devido processo legal pátrio.

Nessa senda, o artigo está dividido em três partes. A primeira versa sobre a democracia e Império do Direito, demonstrando de forma sucinta seus vínculos, conceitos e origens. A segunda parte ocupa-se de demonstrar como eles necessitam do devido processo legal pautado na dignidade da pessoa humana como seu critério norteador, trazendo a noção do devido processo legal substancial a partir da dignidade da pessoa humana como defendida por Kant. Por fim, a terceira parte introduz as bases para compreensão da teoria garantista de processo e como esta é uma proposta harmônica e racional com as bases postas até aqui.

## Breves anotações sobre a Democracia e o Estado Constitucional de Direito

A democracia, segundo Bobbio (1997a, p. 22), nasceu de uma concepção individualista da sociedade. A sociedade, principalmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos. Na idade antiga e na idade média, reinava uma concepção orgânica de sociedade, na qual o todo precedia as partes, ou seja, os integrantes desta.

A democracia enfrenta essa visão, trazendo uma concepção individualista de sociedade e Estado. Tal mudança demonstra uma reviravolta nos próprios estudos da Teoria do Estado e no

papel do sujeito transformador da relação de poder. Enquanto Aristóteles defendia que o Estado é anterior a cada um dos indivíduos, visto que existe por natureza (ARISTÓTELES, 2017, p. 13), Johannes Althusius (1603, 1932 I, p. 1 apud BOBBIO, 1977b, p. 64), em sua época, um dos artífices desta nova concepção, defendera que a “política é a arte por meio da qual os homens se associam com o objetivo de instaurar e cultivar e conservar entre si a vida social”.

A doutrina democrática parte do objetivo de consolidar um Estado sem corpos intermediários, tendo como premissa o indivíduo como soberano que entra em acordo com outros indivíduos igualmente soberanos para criar a sociedade política (BOBBIO, 1997a, p. 23). Assim, muda-se de uma visão *ex parte principis* para uma *ex parte populi*. A nova concepção de um Estado criado para o indivíduo supera a concepção de que o indivíduo vive para o Estado. Nessa senda, grandes doutrinadores defendiam a prevalência de direitos naturais individuais frente a ações estatais, haja vista se o Estado deve servir aos indivíduos, aquele possui deveres de respeito aos direitos e à soberania individual destes.

Locke defende que a garantia da propriedade do cidadão é o fim do governo civil, cujo direito precede à própria origem do Estado, já Rousseau defende a liberdade como tal direito. Neste caminho que Bobbio (1997b, p. 65) sustenta que a mais alta expressão relevante desta inversão são as declarações americanas e francesas de direitos, as quais determinam expressamente que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo.

Assim, fortalece-se a mudança de paradigma, impondo limites claros ao poder estatal. E este ponto é de extrema importância para a compreensão dos ordenamentos jurídicos modernos e do Estado de Direito, que visam precisamente subordinar o Estado ao respeito de direitos básicos elencados pelo povo.

Tal concepção trata da célebre mensagem do presidente americano Abraham Lincoln (BASLER, 1946, p. 734) na dedicatória do Cemitério de Gettysburg em 10 de novembro de 1863, no

período da grande guerra civil dos Estados Unidos da América, quando falava da democracia: “o governo do povo, pelo povo para o povo”, referindo-se ao próprio conceito de democracia republicana.

Nesta senda, Bobbio (1997a, p. 4) propõe um conceito mínimo de democracia, que consiste basicamente em um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados. Acrescenta-se no conceito geral de democracia, ainda, que há de se observar o compromisso entre as partes através do livre debate para a formação de uma maioria (BOBBIO, 1997a, p. 5).

Quanto ao respeito às modalidades de decisão, a regra procedimental fundamental da democracia é a regra da maioria, que determina que sejam válidas as decisões aprovadas pela maioria dos competentes para tomar a decisão (BOBBIO, 1997a, p. 19). Rawls (1997, p. 388) defende que a regra da maioria trata-se de uma regra predominantemente procedimental que não será o único pilar da democracia, visto que não se tem nenhuma garantia de que, uma vez respeitada a regra, dali será elaborada uma legislação justa ou legítima.

Nesta senda que Bobbio entende que a atribuição de direitos de participação das decisões coletivas a um elevado número de cidadãos e o respeito à regra da maioria não bastam para concretizar o conceito de democracia (BOBBIO, 1997a, p. 20), já que esta ainda necessita do respeito pela preservação do catálogo homogêneo de direitos e deveres fundamentais (RAWLS, 1997, p. 388). Destarte, obtendo a devida legitimidade das decisões coletivas vinculantes.

Há uma relação intrínseca entre a regra da maioria como exercício de poder na democracia e o respeito aos direitos fundamentais como limite ao poder (CANOTILHO, 2004, p. 329-330). Consoante Canotilho (2004, p. 329-330), as bases da democracia reconduzem-se aos princípios da igualdade democrática e autodeterminação. Na mesma senda, a democracia necessita de debate com igualdade e liberdade de participação o que irá reconduzir aos direitos fundamentais de modo que tais

sejam garantidos aos cidadãos (ALEXY 2010, p. 177) – aos indivíduos soberanos integrantes da democracia. Nessa senda, se a liberdade de participação é igual e determinará o que valerá para todos, exige-se a concordância da maioria. Assim, os indivíduos livres e iguais possibilitam, através do voto livre e igual, a adoção de um método político de decisão que, pelo menos, beneficia de uma legitimidade quantitativa majoritária.

Logicamente, tal relação não significa o domínio da maioria sobre as minorias. Isso porque, conforme leciona Ingo Sarlet (2007, p. 71), os direitos fundamentais asseguram a proteção das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria. Obtém-se, assim, uma legitimidade e racionalidade da estrutura de poder.

Há de se observar, contudo, que o Estado brasileiro não está pautado apenas numa democracia formal e substancial, mas em um previsto império do direito, conforme se depreende da própria Constituição Federal de 1988. Conforme o artigo primeiro da Constituição Cidadã de 1988, “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Faz-se mister uma breve conceituação de Estado de Direito.

A partir da concepção inglesa de império do direito, Canotilho (1999, p. 24) propõe quatro pilares que sustentam o *rule of law*, quais sejam: 1) a obrigatoriedade da adoção de um processo justo legalmente regulado para possibilitar o julgamento e punição de cidadãos, privando-os de sua liberdade ou propriedade; 2) a prevalência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real; 3) a sujeição de todos os poderes executivos à soberania dos representantes do povo (parlamento); e 4) direito e igualdade de acesso aos tribunais por parte de qualquer indivíduo a fim de defender seus direitos segundo os princípios do direito comum perante qualquer entidade ou pessoa.

Nessa senda, a doutrina americana acrescenta um importante pilar para a sustentação do Estado de direito: o poder constituinte do povo, ou seja, o direito do povo de fazer uma

lei superior (constituição) na qual constem os esquemas essenciais do governo e respectivos limites. Então, os direitos e liberdades dos cidadãos histórica e juridicamente gerados na república assumiam-se como elemento central do Estado, e este apenas estará justificado enquanto for subordinado às leis que carreguem os princípios e regras do direito explicitados na constituição (CANOTILHO, 1999, p. 25).

Chega-se, assim, a um conceito aproximado do Estado constitucional de direito. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito. Entretanto, tal concepção é incompleta, pois falta a legitimação democrática do poder.

O Estado constitucional que apenas respeita as liberdades negativas, direitos liberais de primeira geração, carece da legitimidade do poder político e de sua legitimação, segundo Canotilho (1999, p. 28). O elemento democrático não foi apenas introduzido para frear o poder, mas também pela necessidade de legitimação do mesmo poder. Legitimidade que é extraída da estrutura de Estado composta de indivíduos soberanos que formam a sociedade política e são o próprio fim desta.

## **A dignidade da pessoa humana e as dimensões do devido processo legal**

O dever do Estado em tratar os indivíduos como o verdadeiro fim da sociedade é ampliado quando a Constituição pátria estabelece como fundamento do nosso Estado a dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º e seus incisos da CF/88. Assim, esta dignidade é precisamente a base e o critério norteador do Estado Democrático de Direito em que nos encontramos, razão pela qual se começa a estudá-la.

Para uma melhor compreensão deste conceito, vale-se das propostas kantianas e dworkinianas. Consoante Kant, a autonomia ética do ser humano é o próprio fundamento da dignidade do homem. Então, o homem deve existir sempre como um fim

em si mesmo. Na leitura de Motta e Streck de Kant, entende-se que a contraposição entre preço e dignidade auxilia na compreensão da dignidade da pessoa humana e do imperativo categórico. Assim no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Nessa senda que quando algo tem preço, ele pode ser substituído por outro de mesmo preço; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade (MOTTA et STRECK, 2016, p. 114).

No mesmo giro, quando Michael Sandel (2013, p. 154, 155) analisa a proposta do Imperativo Categórico de Kant, ele afirma que a humanidade tem um valor absoluto como fim em si mesmo. E tal afirmação tem especial valor na compreensão do Estado democrático de Direito e nas garantias processuais, visto que, conforme afirma Kant (2002, p. 428), “ser humano, e em geral todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não meramente como meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade, mas em todas as suas ações, seja aquela direcionada a si ou a outrem, deve sempre ser considerado como um fim (tradução livre)<sup>2</sup>”. O indivíduo soberano que compõe o Estado deve ser o fim deste por possuir um valor intrínseco de dignidade.

A dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico pátrio demanda o tratamento da pessoa como fim do Estado e do próprio processo, o que é reforçado quando ela também vem prevista nas normas gerais da primeira codificação processual pós-democratização (MOTTA et STRECK, 2016, p. 116). Isso vai significar que a concepção de dignidade humana guiará o próprio processo. Já no ponto de vista de Dworkin, a dignidade da pessoa humana terá uma cadeia de princípios que originará dois princípios estruturantes da democracia constitucional de modo que o indivíduo seja tratado

---

2 Original: Now I say that the human being, and in general every rational being, exists as end in itself, not merely as means to the discretionary use of this or that will, but in all its actions, those directed toward itself as well as those directed toward other rational beings, it must always at the same time be considered as an end. All objects of inclinations have only a conditioned worth; for if the inclinations and the needs grounded on them did not exist, then their object would be without worth.

como fim: o princípio da igual consideração e o princípio do autogoverno (MOTTA et STRECK, 2016, p. 116).

De acordo com o princípio da igual consideração, uma comunidade política deve demonstrar igual consideração pela vida de todos que estão sob a sua esfera de ação. Com relação ao princípio do autogoverno, os arranjos políticos, para se dotarem de legitimidade, devem respeitar a responsabilidade pessoal e inalienável dos indivíduos de identificarem valor na sua vida (MOTTA et STRECK, 2016, p. 116). Tal concepção impõe o respeito basilar de que as obrigações sejam impostas num ambiente democrático, ou seja, que o próprio povo deve estabelecer quais obrigações serão instituídas pelo poder público num exercício de autogoverno.

Há uma ligação profunda entre dignidade humana e processo democrático; este é o primeiro passo para que nos aproximemos, no contexto do presente trabalho, do tema devido processo legal. Com efeito, a Constituição do Brasil estabelece, em seu art. 5º, LIV, que ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal. Como se sabe, a locução devido processo legal corresponde à tradução para o português da expressão inglesa *due process of Law* – sendo útil a lembrança, porém, de que a palavra *Law* não diz apenas respeito à lei em sentido estrito (produto do processo legislativo), mas ao próprio Direito.

A cláusula americana do *due process*, conforme lição de Motta e Streck (2016, p. 117), implica no início de sua instituição histórica apenas a observância de certas formalidades processuais. Contudo, a partir da segunda metade do século XX, uma nova interpretação do devido processo surgiu, dando uma dimensão substantiva para a ele. Tal interpretação surge com o caso *Dred Scott v. Sandford* (1857).

A partir deste momento, o *due process of law* passa a consistir numa garantia tanto formal quanto material, na qual há uma efetiva limitação do exercício do poder do Estado. Judiciário não pode julgar alguém sem que a este sejam garantidos voz e meios para se defender; o Legislativo e o Executivo não podem adotar medidas que venham a ferir o núcleo de direitos

fundamentais do cidadão (MOTTA et STRECK, 2016, p. 117). Na realidade americana, o devido processo legal, então, vem a limitar e condicionar tanto numa dimensão formal de respeito às regras procedimentais do jogo quanto de limitação do poder estatal, na qual uma lei pode violar substantivamente o devido processo legal por não respeitar direitos fundamentais básicos.

A norma extraída da previsão constitucional do devido processo legal não é diferente da interpretação dada pela Suprema Corte americana, pois ela também se trata de uma dupla limitação ao poder do Estado, que exige a dupla fundamentação da vinculação dos processos com a Constituição, ou seja, os processos no Brasil, principalmente os judiciais, devem estar formal e materialmente de acordo com a Constituição de 1988. Um dos próprios pilares do *rule of law* inglês é de que: se o Estado democrático possui o poder de privar indivíduos de seus bens e sua liberdade, torna-se necessário um processo justo legalmente regulado (CANOTILHO, 1997a, p. 24).

Ademais, o processo apenas será justo se se pautar material e formalmente na Constituição, observando os direitos fundamentais do cidadão. Lembra-se, aqui, que o exercício da força do Estado deve ser limitado. Ferrajoli (1995, p. 33) defenderá no mesmo norte esta dupla vinculação do processo à constituição, ou seja, deverá o processo estar conforme formal e substancialmente ao regramento constitucional.

Nessa senda, observa-se que a própria Constituição já demonstra os requisitos mínimos para a concretização do devido processo como o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) , tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I); proibição de provas ilícitas (art. 5º, LVI); o processo público (art. 5º, LX); garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); as decisões motivadas (art. 93, IX); o processo com uma duração razoável (art. 5º, LXXVIII); o acesso à justiça garantido (art. 5º, XXXV) e assim por diante. Dito de outro modo: concretiza o devido processo, desde uma perspectiva procedimental, a observância dos direitos fundamentais processuais instituídos na própria Constituição (MOTTA et STRECK, 2016, p. 118).

Cumpra observar que não há uma relação de contraposição entre as dimensões do devido processo legal. Nas palavras de (MOTTA et STRECK, 2016, p. 118), ainda que a dimensão formal esteja preocupada com a obediência à forma, ou seja, com o cumprimento de etapas procedimentais, tal obediência deve ser efetiva e substancial. Não há como verificar o atendimento dessas exigências sem que haja um questionamento a respeito de seu conteúdo concretamente considerado. Então, nas palavras de Motta e Streck (2016, p. 118), “é sempre uma questão de moralidade substantiva (no sentido em que Ronald Dworkin emprega essa expressão) saber se o cumprimento de determinada formalidade ou etapa procedimental ocorreu, ou não, caso a caso, conforme o Direito”.

Assim, examinamos a primeira efetiva garantia processual do Estado democrático de direito. Ou seja, se o Estado tem o poder legítimo de privar indivíduos de seus bens e direitos, é necessário um processo justo e legalmente regulado que assegure a proteção e a limitação do poder estatal às hipóteses legítimas, de forma a coibir arbitrariedades e discricionariedades. Por sua vez, se há este processo, o Estado deve se pautar dentro deste processo legal, que apenas será devido se respeitada as suas duas dimensões, ambas ancoradas na Constituição. Com efeito, o próprio processo é garantia dos direitos dos indivíduos e de que exercício da força do Estado será legítima.

## **Introdução ao devido processo legal a partir de uma visão garantista**

O até aqui exposto firma as bases para a compreensão da íntima ligação entre o devido processo legal e o Estado Democrático de Direito, ligação esta que se dá, também, pela dignidade da pessoa humana. Assim, entende-se que o devido processo legal ancorado na Constituição é a garantia primária fundamental dos cidadãos para com o Estado. Contudo, outras garantias também são necessárias, de modo a garantir que este

processo seja tudo o que se pretende que ele seja num ambiente democrático.

Nesta senda que Ferrajoli (2009, p. 33) defende, no âmbito penal, os seguintes princípios fundantes do devido processo legal: estrita legalidade, materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal do imputado, juízo oral, contraditório e a presunção de inocência do acusado – tais princípios são fruto da tradição jurídica do iluminismo e do modelo de processo liberal e são acompanhados pela maioria dos ordenamentos dos países dito desenvolvidos.

Apesar das diferentes correntes filosóficas e ideológicas que vieram por fundamentar tais princípios, o certo é que eles foram consolidados pelas constituições e codificações modernas, e formam um conjunto de sistema unitário e coerente (FERRAJOLI, 2009, p. 34). Nessa senda, é perceptível que a Constituição Federal de 1988 inclui-se nas referidas codificações e traz os princípios citados como direitos e garantias fundamentais, conforme seu art. 5º, apenas como exemplo os incisos: XXXIX (legalidade), XLV (responsabilidade pessoal do imputado), XLIX, LIV (devido processo legal) e LVII (presunção de inocência).

Ferrajoli (2009, p. 34) defende que a unidade do sistema depende de que os diferentes princípios fundantes se configurem, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penalmente imputável, visando assegurar o maior grau possível de racionalidade e de confiabilidade do juízo. Deste modo, limita-se o poder punitivo da autoridade estatal e promove-se a tutela do cidadão contra a arbitrariedade, o que terá por consequência uma maior legitimação do poder de punir do próprio Estado e uma maior efetivação do próprio devido processo legal.

Tal sistema é composto por dois elementos constitutivos: um relativo à definição legislativa e outro à comprovação jurisdicional da conduta punível. Eles correspondem aos conjuntos de garantias (tanto penais-materiais quanto processuais) do sistema punitivo a que dão fundamento (FERRAJOLI, 2009, p. 33). Começa-se com a primeira garantia proposta por Ferrajoli,

mas que provavelmente tem a maior aproximação com o devido processo legal até aqui estudado, que é o princípio da estrita legalidade.

O princípio da estrita legalidade exige duas condições: uma de caráter formal, que trata do critério de definição do desvio criminoso; e outra de caráter empírico, que trata das hipóteses de desvios legalmente definidos (FERRAJOLI, 2009, p. 34). A primeira, também chamada de legalidade penal, visa garantir que não seja crime tudo que é anormal ou imoral, mas apenas aquilo que a lei formalmente identifica como crime, na forma do axioma *nulla poena et nullum crimen sine lege* (DA SILVA, 2010, p. 429). Já a segunda visa garantir que a definição do que é crime não seja subjetiva, relacionada com status subjetivos do criminoso, mas sim comportamentos empírica e objetivamente identificáveis, de modo que o comportamento social possa se pautar numa base para expectativas legítimas (RALWS, 1997, p. 261) na forma do axioma *nulla poena sine crimine et sine culpa* (FERRAJOLI, 2009, p. 34).

A primeira condição, aquela de caráter formal, visa garantir o princípio da reserva legal na matéria penal (ou legalidade penal), submetendo o juiz à lei. A segunda condição comporta o caráter absoluto da lei penal, onde apenas os desvios dotados de referências empíricas e fáticas estarão em condições de serem punidos pelo direito penal. A reserva da lei corresponde ao princípio de mera legalidade e é dirigido aos juízes. A segunda condição é denominada de princípio de estrita legalidade e é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica necessária para as determinações legais (FERRAJOLI, 2009, p. 35). Tais condições, ou garantias, visam excluir punições arbitrárias ou discriminatórias como as que já ocorreram em ordenamentos passados como, por exemplo, a caça às bruxas, aos hereges, aos judeus, aos inimigos públicos, aos vagabundos e assim por diante.

Nessa senda, conclui Ferrajoli (2009, p. 35) sobre o princípio da estrita legalidade: “El sentido y el alcance garantista del convencionalismo penal reside precisamente em esta concepción al mismo tiempo nominalista y empirista de la desviación

punible, que remite a las únicas acciones taxativamente denotadas por la ley excluyendo de ella cualquier configuración ontológica o, en todo caso, extra-legal”.

Trata-se da máxima que expressa o fundamento do direito penal moderno: não é a verdade, nem a justiça, nem a moral ou a natureza, senão somente o que com autoridade disse a lei que confere a um fenômeno relevância penal. E a lei não pode determinar como penalmente relevante qualquer hipótese de desvios indeterminados (FERRAJOLI, 2009, p. 35-36)

O segundo elemento da epistemologia garantista, conectado com o primeiro como sua condição de efetividade, é o cognoscitivismo processual na determinação concreta do desvio criminoso. Tal requisito vem assegurado pelo princípio que Ferrajoli (2009, p. 35) chama de estrita jurisdicionalidade, o qual exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias em virtude de seu caráter assertivo e sua prova empírica em virtude de procedimentos que permitam tanto sua verificação quanto a sua refutação. Daí a necessidade de que o juízo penal tenha caráter recognoscitivo do direito e cognoscitivo dos fatos regulados por ele. Ferrajoli (2009, p. 50) defende que o juízo penal deve orientar-se de forma indutiva, buscando legitimar-se a partir de uma concepção de verdade aproximativa, por intermédio das provas produzidas pelas partes.

Tal cognoscitivismo toma como pressuposto a necessidade de redução dos espaços de arbitrariedade do poder estatal, para isso reduzindo os espaços valorativos da atividade judicial, vinculando o juiz a regras. Assim, afastam-se critérios discriminatórios de aplicação do poder punitivo, o que, por si só, já traz também uma maior racionalidade e legitimação do direito penal. Nessa senda, extrai-se da necessidade, conforme própria previsão constitucional do devido processo legal, de um axioma mais completo que o *nulla culpa sine iudicio*, visto que este se satisfaz com a mera existência de um processo, justificando culpa e pena mesmo que estas não estejam ancoradas em um devido processo democrático, conforme analisa Maya (2014, p. 8)

Então, da necessidade de observância dos princípios fundantes do modelo em análise de direitos fundamentais clássico, característico dos estados modernos, e do cognoscitivismo processual de Ferrajoli, caracterizado pela verificabilidade ou refutabilidade da acusação, pressupõe-se um processo formulado sobre bases democráticas, sustentado pelos axiomas *nullum iudicium, sine accusatione, sine probatione et sine defensione* (FERRAJOLI, 2009).

Tais axiomas garantem pontos estruturantes do processo penal democrático defendido como a separação entre as atividades de acusação e julgamento, a decisão com base em provas lícitas produzidas em contraditório, o respeito à presunção de inocência e à ampla defesa. Reforça-se que tais axiomas condizem perfeitamente com as estruturas previstas pela Constituição de 1988 para o processo penal brasileiro, visto que a nossa Carta Magna assenta numa separação entre acusação e julgamento (art. 129 e art. 5º, LIII), a inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, LVI) e a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV).

A legitimidade do poder punitivo estatal, dentro dessa perspectiva, sustenta-se a partir da verdade possível de ser alcançada pelo juiz como destinatário e intérprete das provas produzidas pelas partes, uma verdade processual passível de controle a partir da motivação decorrente da atividade cognoscitiva desenvolvida. Assim, obtêm-se a racionalidade, legitimidade democrática e a confiabilidade no juízo, objetivos perseguidos pelo esquema epistemológico proposto por Ferrajoli e fundamentais para a concretização do devido processo legal no Estado Democrático de Direito pátrio.

## Considerações finais

Entende-se que as bases da teoria garantista de Ferrajoli têm muito a acrescentar (e a se concretizar) no processo penal brasileiro, visto que em muitas situações ele ainda se afasta de um devido processo legal democrático previsto pela Constituição brasileira. Apenas como exemplo: as nulidades

processuais penais e a compreensão do prejuízo, a aplicação do princípio da imparcialidade dentro das investigações criminais e do processo penal, a atividade probatória do juiz, a busca pela verdade real e diversos outros.

O aprofundamento do que significa e do que estabelece o devido processo legal e de onde vêm suas bases, retornando à própria compreensão de Estado de Direito e de democracia são essenciais para entender o papel que o processo possui no Estado moderno. Além de nos nortear a buscar um processo penal democrático e racional. Para tanto, o aprofundamento da teoria garantista pode ser de extrema valia. E este foi o objetivo do presente ensaio. Muito mais que trazer resposta, introduzir a importância do estudo do tema sem perder de vista a efetiva importância dele para a própria fundamentação do nosso Estado.

## Referências

- ALEXY, Robert. *The dual nature of law*. In: Ratio Juris. Vol. 23. N. 2. Junho de 2010, p. 167-182.
- ARISTOTELE. *La costituzione degli ateniesi*. 7. Ed. Trad. Mario Bruselli. Milano: Rizzoli Libri S.p.A., 2017.
- BASLER, Roy Prentice. *Abraham Lincoln: His Speeches and Writings*. Pennsylvania: Pennsylvania State University, 1946.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1997.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de Direito*. Coimbra: Fundação Mário Soares e Gradiva, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*, in: Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 61, janeiro-março, 1995.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. *Para entender o novo código de processo civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal*. In Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 14, nº 19, p. 112-128, jul./dez., 2016.

KANT, Immanuel. *Groundwork for the metaphysics of morals*. Tradução: Allen W. Wood. New Haven: Yale University Press, 2002.