

Opinião: O dress code do garantismo penal de Luigi Ferrajoli

Qual o *dress code* para um evento em que o convidado principal será o garantismo penal de Luigi Ferrajoli? O que precisamos vestir e do que precisamos nos despir? Errar o tom da conversa pode estragar, completamente, as chances de um bom encontro. Seria como usar terno e gravata para uma conversa na praia, ou ir de bermudas   uma festa *black tie*. As linhas abaixo pretendem apresentar uma espécie de “núcleo essencial”, do qual não se pode abrir mão, para pensar qualquer coisa sobre o garantismo penal. Sem esse mínimo, não se está autorizado, sequer, a uma primeira interlocu o com Ferrajoli.

  bem verdade que o *garantismo penal* assumiu, no Brasil, a pecha de uma teoria caracterizada pela defesa da impunidade e de toda sorte de abrandamentos punitivos. Essa ideia, porém,   absurda e não encontra qualquer reverbera o no pensamento de Ferrajoli. Das muitas razões pelas quais essa densa e sofisticada formata o epistemológica não repercutiu, em maior escala, no campo dos discursos das ciências criminais, no Brasil, pode-se mencionar o fato de que, para além de seu refinamento teórico (o que bate de frente com um ensino jurídico que beira a mediocridade), ela corresponderia, substancialmente, a um freio   sanha punitiva que grassa em nossos mecanismos de (re)produ o do Direito, sobretudo em tempos de gradativos retrocessos em matéria de direitos humanos.

Em outra ocasião[1], já afirmamos que, se por um lado, o garantismo penal não   nenhum “salvador da pátria”, tampouco uma profissão de f , por outro não pode ser ignorado, desprezado, lido “por orelhas”! Isso   um desrespeito a Luigi Ferrajoli e reparar essa falta, a partir do trato s rio com a teoria,   o mínimo que podemos fazer para quitar a d vida que contraímos com o mestre de Camerino.

a) Garantismo   expressão da democracia constitucional no campo penal[2].

Ao senso comum, talvez, seja difícil compreender a necessária rela o entre democracia e controle. Utilizando a metáfora de um jogo, este será tanto mais democrático, quanto mais claras e precisas forem as suas regras. Ainda assim, tal não   suficiente.   necessário que elas atendam aos participantes do jogo, em paridade de condi es. E mais: precisam de um certo grau de coerência interna, de tal modo que uma jogada não possa constituir, ao mesmo tempo, falta e vantagem, a depender de quem lhe tenha dado causa.

Assim também funciona o jogo democrático. Ele necessita de regras prévias e claras quanto ao constrangimento da liberdade de um indivíduo. Lembre-se que, desde uma mirada constitucional, a liberdade ocupa lugar de centralidade, restrita apenas em hipóteses pontuais e carregando, necessariamente, um inafastável mandado de justifica o.

O garantismo  , pois, a (re)constru o das regras do jogo democrático, no campo penal. Não por acaso, Ferrajoli considera direitos e garantias fundamentais como “a lei do mais fraco”, uma vez que os participantes do sistema penal não jogam em situa o de paridade.

Mediante regras claras,   possível controlar parte desse desnível no funcionamento do sistema penal. Evita, nesse contexto, que o jogo seja soterrado pela lei do mais forte. O respeito às regras do jogo impõe limita es aos participantes. Mas são exatamente elas que asseguram que esse jogo ainda possa

ser qualificado como democrático. Do contrário, retorna-se à lei do mais forte.

Ferrajoli constrói uma espécie de arquitetura para o direito penal democrático, a partir de dez axiomas[3], que funcionam como espécie de vetores de racionalidade para a construção da justificação do direito penal, assim também servindo à sua própria limitação, uma vez que, os espaços de poder punitivo que não encontram justificação no território de racionalidade desenhado por Ferrajoli, por certo, extrapolam os limites democráticos de intervenção penal.

Devido processo legal, contraditório, ampla defesa, princípio acusatório são apenas algumas dessas estruturas que permitem sustentar o funcionamento do sistema penal, a partir de uma compreensão democrática do regime das liberdades e em relação as quais o garantismo opera uma significativa contribuição em termos do que representam e como devem funcionar, enquanto regras do jogo.

b) Controle punitivo não significa impunidade e garantismo não significa abolicionismo.

É frequente a ideia de que a teoria garantista corresponde a um apelo à impunidade. Desde o ponto de vista lógico, é no mínimo, contraditório que uma tese legitimadora do direito penal e que, portanto, compreende a punição a partir de alguma finalidade, signifique, ao mesmo tempo, a defesa de impunidade.

Em que pese tal afirmação decorrer muito mais de discursos político-criminais de baixíssima densidade teórica, é necessário esclarecer que a formulação de critérios de vinculação e de controle do sistema penal na tentativa de dotá-lo de uma melhor racionalidade não significa impunidade, exatamente porque sequer se está a tratar de um modelo teórico que afaste o direito penal, enquanto mecanismo legitimado de intervenção, mesmo no interior dos Estados Constitucionais.

Nesse sentido são válidas as advertências de que, se de um lado, existe um rol de teorias que se inscrevem como abolicionistas, por desacreditarem das finalidades e dos discursos jurídico-penais, é no polo inverso que se encontra o garantismo penal, enquanto perspectiva teórica. Repise-se: legitimando a operacionalidade do direito penal. E isso nada tem a ver com defesa de impunidade.

c) O garantismo penal como estratégia de redução de danos[4].

Poder-se-ia pensar o porquê de mobilizar uma formulação teórica construída por um autor europeu, positivista, formado na tradição da filosofia analítica, para o campo dos embates político-criminais travados no Brasil. Não se trata, em absoluto, de um movimento de “importação” teórico-doutrinária, à semelhança do que costuma ocorrer com teses que, no mais das vezes, servem às provas de concursos públicos, por sua suposta novidade, mas que em nada sacodem as estruturas jurídicas que nos constituem.

O garantismo chega até o nosso cenário político-criminal como uma efetiva possibilidade de redução de danos. Possibilidade constitucionalmente orientada, diga-se! Ao reconhecer que todo o processo e o funcionamento das estruturas punitivas necessariamente carregam danos de várias ordens, ou dizendo de outro modo, carregam custos, o garantismo apresenta uma sofisticada proposta de racionalização dos principais elementos articuladores do sistema penal — quais sejam, delito, pena e processo — a partir de axiomas que reduzem e justificam de modo mais preciso a operacionalidade do sistema penal e, a partir daí, consegue alcançar vários ganhos de racionalidade, no que se pode chamar, ainda que com certa imprecisão, de dimensão prática.

A redução de danos compatibiliza, assim, uma teoria que, por sua essência, é legitimadora do poder punitivo, às necessárias advertências teóricas sobre o sistema penal, feitas desde a margem desse sistema, ou seja, desde miradas críticas que enxergam e denunciam o grau de deslegitimação que esse poder necessariamente carrega.

d) Não há um garantismo penal integral porque a teoria, no campo penal, dedica-se ao núcleo liberal de direitos fundamentais[5].

Tem-se defendido, no Brasil, através de discursos político-criminais construídos a partir de pressupostos epistemológicos supostamente amparados na teoria do garantismo penal, a ideia de que a melhor leitura para o garantismo penal corresponderia àquela que atribui a essa perspectiva teórica a missão de não só proteger os direitos fundamentais relacionados à liberdade e que compõem o núcleo liberal de direitos, mas também a de cumprir uma suposta efetivação de direitos que exigem prestações positivas do Estado, sobretudo segurança.

Ocorre que a formatação de um direito penal democrático, pela via do garantismo penal, tem na centralidade desse modelo exatamente o chamado núcleo liberal de direitos fundamentais. Ressalte-se que tal não significa, de modo algum, que Ferrajoli, no campo mais amplo de sua Teoria do Direito (incluindo importante construção teórica acerca de direitos fundamentais) não compreenda a necessidade de que direitos que exigem prestações positivas do Estado mereçam a devida atenção. Tal necessidade encontra-se, inclusive, na base da distinção feita por Ferrajoli quanto a esses dois grandes núcleos de direitos. Não fosse assim, estariam todos considerados no amplo rol de direitos fundamentais, sem qualquer distinção.

É quanto ao núcleo liberal de direitos fundamentais que a aplicação da teoria garantista, no campo penal, repercute. Não cabe ao Direito Penal democrático cumprir, nessa perspectiva, a finalidade de prevenir a ocorrência de delitos, até porque o garantismo se opõe expressamente ao conjunto de correntes prevencionistas da pena, uma vez que parte do pressuposto de que esta serve, quando muito, a evitar reações informais violentas.

e) A teoria garantista apresenta pontos de tensão, o que não a inviabiliza como modelo teórico[6].

Como qualquer construção teórica, é possível encontrar, assim também no garantismo, algumas limitações. São elas, aliás, que atualizam permanentemente a necessidade de debater a teoria e fazê-la fértil.

Ainda que brevemente, ousamos apresentar limitações de duas ordens, sem, contudo, inviabilizar a proposta de Ferrajoli, mas em relação as quais as ressalvas são necessárias, até para que a construção de um modelo teórico de direito penal democrático siga em permanente diálogo com outras teorias e itinerários epistemológicos que deem conta de reforçar o alcance desse objetivo de controle do poder punitivo.

A primeira dessas limitações é apontada pelas lentes da criminologia crítica, ao desvelar que o garantismo penal, enquanto tese legitimadora do poder punitivo, também ignora que não existe “crime”, “criminoso”, ou “criminalidade” em si, enquanto dados ontológicos. Há, em verdade, um processo de criminalização, do qual participa intensamente o direito penal.

Ainda que o garantismo penal esteja preocupado com a limitação do poder punitivo, ele também reforça essa engrenagem criminalizadora, mesmo trabalhando a partir de um discurso utilitarista reformado (a pena serve para coibir reações informais violentas), mesmo enunciando a preocupação com a limitação punitiva.

Para a crítica criminológica, nenhuma das funções declaradas da pena (e do próprio Direito Penal) se sustentam, ainda que se trate da finalidade de coibir reações violentas. Por essa via, a pena serve, ao fim e ao cabo, para excluir pessoas, criteriosamente (e não aleatoriamente) escolhidas/selecionadas pelas agências de controle penal.

De outra parte, há uma limitação que decorre do fato de o garantismo penal possuir vinculação umbilical com o positivismo jurídico. Como autêntica tese positivista, os espaços de discricionariedade permanecem presentes e, em certa medida, insuprimíveis.

Disso decorre que o garantismo não soluciona, satisfatoriamente, as questões que se colocam, por exemplo, no campo da teoria da decisão judicial, uma vez que, apesar de todos os vínculos de controle e de racionalidade que oferece, permanece confortável a possibilidade de decisões discricionárias, carregando um autêntico problema de legitimidade democrática, por atribuir ao juiz, por exemplo, a possibilidade de decisão a partir de critérios outros, inclusive extrajurídicos.

Ainda que o garantismo admita apenas uma discricionariedade *pro reo*, há, nisto, um grave problema, do ponto de vista democrático, uma vez que se continua a depender do arbítrio do juiz quanto à definição do que seja *pro* ou *contra*.

À parte tais advertências, o garantismo segue como uma satisfatória teoria do controle penal e necessita, ainda, conquistar o devido espaço no terreno ideológico. Apropriar-se de instrumentos teóricos e dogmáticos capazes de fazer frente à expansão punitiva é etapa necessária a uma resistência democrática, tão necessária no direito penal brasileiro. Segue, nessa perspectiva, como um importante aliado. Apesar de suas limitações, no atual contexto político-criminal em que nos vemos inseridos, dele também não podemos abrir mão.

Apresentamos o *dress code* que vai – muito bem, obrigado – a um *happy hour* com o garantismo penal. Cabe-nos, daqui para frente, decidir se paramos no encontro casual, ou arriscamos o grande baile.

1 ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

2 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madri: Editorial Trotta, 2008.

3 São eles: *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine iniuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio;*



nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione.

4 Importante articulação faz Salo de Carvalho em alguns textos, dentre os quais: CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

5 FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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