

Ana Cláudia Pinho: Garantismo penal, Ferrajoli por Ferrajoli

Não é de hoje que a expressão garantismo sofre deturpações. Ocupa o lugar de maldito, está sujeito a todo tipo de disputa de sentidos em torno de seu significado e exposto a toda sorte de ataques levianos. O garantismo — e aqui peço licença à genialidade de Chico Buarque — é a "Geni" da grande ópera que encerram o Direito e o Processo Penal. A turba atira-lhe pedras, sem piedade. Mas, quando convém, o



Oxalá tais mal-entendidos (ou não entendidos) ficassem

circunscritos a conversas de mesa de bar, quando se ouvem brados alvoroçados, enxovalhando esse ou aquele ministro da Suprema Corte do país, porque foi muito "garantista" ao conceder uma ordem de Habeas Corpus em algum caso midiático, envolvendo personagens do jogo político nacional. Não raro, ainda ouvimos comentários do tipo "*o juiz tem que escutar a voz das ruas*"! Mas, infelizmente, esse tipo de esperneio não fica restrito às resenhas de *happy hour*, senão que está profundamente incrustado no imaginário jurídico. Daí a necessidade de falarmos (seriamente) sobre garantismo...

Premissa: por necessário, delimito o que vou tratar nesse pequeno texto. O termo garantismo — muito embora deite raízes na França no século XIX — ganha expressão com a obra magistral do professor italiano Luigi Ferrajoli, que na década de 1970 integrou um movimento intelectual na Itália, em reação a uma legislação penal de emergência, a qual violou direitos e garantias individuais, sob a justificativa de "combate ao terrorismo". É aqui, nesse contexto, que garantismo passa a designar "*a doutrina liberal do Direito Penal*" (Dario Ippolito). Após mais de uma década de reflexões e escritos, Ferrajoli publica, em 1989, um *capo lavoro* denominado *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale* [1]. Portanto, aqui irei, a todo tempo, referir-me a esse garantismo penal. O único possível, qual seja, o que foi criteriosamente estruturado e concebido por Ferrajoli em *Diritto e Ragione*, a partir de uma densa e sofisticada formatação teórica, ancorada no positivismo analítico, do qual é herdeiro seu autor.

Postas assim as coisas, sigamos. É bom registrar que essas deturpações ao conteúdo do garantismo penal não ocorrem apenas no Brasil. Dario Ippolito, professor da Universidade de Roma Tre e que sucedeu Ferrajoli na cátedra, inicia seu livro "*O espírito do garantismo*", advertindo: "*Garantismo é uma palavra degradada, desfigurada por abuso. Frequentemente, e compreensivelmente, provoca suspeita, intolerância. Evoca, no imaginário de muitos, artilharia processual e esperteza*" [2].



Mas quais seriam as razões para isso?

Voltando ao cenário brasileiro, arrisco dizer que o garantismo foi o convidado que entrou pela porta dos fundos [3]. Explico-me: *Direito e Razão* — apesar de ter sido traduzido para o português — chega por aqui e fica encastelado nos bons programas de pós-graduação, a partir de onde produz excelentes dissertações de mestrado e teses de doutoramento. Nossa tradição autoritária, decerto, não permitiria (como, de fato, não permitiu) que uma teoria que resgata postulados liberal-iluministas e propõe limites e vínculos ao exercício do poder fosse amplamente difundida, seriamente estudada e corretamente utilizada pelos que atuam no sistema de justiça criminal.

Algo precisaria ser feito para impedir a formação de um suposto exército garantista! Afinal, *Direito e Razão* traduzido para o português e, aqui e acolá, despertando interesses, poderia representar uma ameaça concreta às estruturas inquisitórias do poder punitivo. Qual o caminho, então? Muito simples e bastante em voga: uma campanha anti-garantista, com o fim de produzir espécies de fake news, afirmando coisas que Ferrajoli jamais escreveu, atribuindo à teoria características que ela nunca possuiu, destacando trechos isolados de escritos de Ferrajoli, sem contextualizar com os postulados fundantes da extensa obra do autor e — como poucas pessoas seriamente estudaram a arquitetura garantista — publicar (inclusive em forma de livros, artigos, ou, simplesmente, postagens em redes sociais), enganando os incautos. Em suma: colocando *Ferrajoli contra Ferrajoli*! [4]

Porém, desde a última sexta feira (24/7) a temperatura elevou-se consideravelmente, quando Luigi Ferrajoli concedeu uma excelente e esclarecedora entrevista à *Folha de São Paulo*, colocando os pingos nos is. O professor italiano pinçou, cirurgicamente, pontos fundamentais da epistemologia garantista e, de forma objetiva, explicou se tratar de um modelo de contenção do poder para, sobretudo, evitar a punição de inocentes. Disse, ainda, que condenações podem e devem ocorrer, desde que respeitadas as regras do jogo, que correspondem às garantias penais e processuais penais (no caso brasileiro, extraídas do artigo 5º da CR)[5].

E agora? *Ferrajoli por Ferrajoli*! Como dizer que ele disse coisa que ele não disse, se agora ele disse!? E pela própria boca! Porém, ainda assim, há quem diga que ele disse coisa que ele não disse, ou que não disse aquilo que sempre afirmou... "Disse me disse" à parte, pontuo, abaixo, o que considero imprescindível para colocar o debate em seu devido eixo, qual seja, o da discussão teórica séria, fundamentada na extensão e complexidade da obra do autor.

Vamos, pois, às raízes da celeuma:

1) Como acima já referido, o termo *garantismo* recebeu tratamento extenso por Luigi Ferrajoli, que, em *Direito e Razão*, formulou, inicialmente, a teoria do *garantismo penal*. Importante destacar que, muito embora Ferrajoli não seja um penalista, tampouco um processualista penal, ou criminólogo (ele é um filósofo do Direito), utiliza o campo penal como *locus* privilegiado para demonstrar a tensão existente entre liberdades x poder. A preocupação de todo o arcabouço garantista é com a contenção da violência (seja a advinda dos particulares, seja a produzida pelo próprio Estado). E, nesse contexto, nada melhor que a seara penal para a interlocução, já que, se o crime é uma violência, a pena também o é. Ferrajoli propõe, então, um duplo fim ao Direito Penal: prevenir a violência advinda dos crimes e, ao mesmo tempo, evitar a violência advinda das reações (penas) arbitrárias. Trata-se de seu importante utilitarismo reformado. Interessante notar que, muito embora o garantismo acredite na finalidade preventiva clássica, avança ao afirmar que, mais importante do que evitar crimes, é evitar a violência advinda do próprio Estado, com penas e processos arbitrários, sobretudo porque somente esse segundo fim "é necessário e suficiente para fundamentar 2023 modelo de direito penal mínimo e garantista, como o formalizado em 2020 nosso sistema SG" [6]. A propósito, nessa obra, o professor de Roma estrutura



— a partir de uma rigorosa tradição positivista e analítica — o que chama de sistema garantista, um modelo racional de limites e vínculos ao exercício do poder de punir, com a releitura de princípios iluministas, em formato de dez axiomas, os quais são por ele denominados de "*regras do jogo fundamentais do direito penal*" [7].

2) Assim sendo, não existe garantismo penal fora da obra de Luigi Ferrajoli. Ponto! *É Ferrajoli por Ferrajoli*, e não ele contra ele! Ou bem compreendemos o que foi criteriosamente exposto em *Direito e Razão* — sobretudo os fundamentos epistemológicos, axiológicos e normativos — ou não estamos falando de garantismo penal, que, aliás, não conhece adjetivos, nem complementos. Podemos até estar falando de outra coisa qualquer, até mesmo criar uma teoria própria. Sem problema. Mas, precisamos denominá-la de algo diverso. Não estamos autorizados a dizer que isso é garantismo, da mesma forma como não estamos autorizados a chamar mesa de cadeira! Simples, assim.

3) O garantismo penal, como dito pelo próprio autor, é um modelo ideal e, de certa maneira, utópico, jamais realizável por completo, pois o conjunto dos dez axiomas (princípios) que Ferrajoli constrói — relacionando pena, delito e processo — é concebido de forma prescritiva, e não descritiva. Trata-se, pois, de um modelo de dever ser [8]. Entre a obediência fiel e irrestrita de todas as garantias (modelo de Direito Penal mínimo) e seu extremo oposto, ou seja, de violação de todas elas (modelo de Direito Penal máximo), há vários modelos intermediários, podendo-se falar em *tendências* a um ou a outro. Disso se conclui, invariavelmente, que jamais haverá "excesso de garantias", já que estamos falando de um modelo ideal (limite), que funciona como critério de deslegitimação das práticas autoritárias. Aliás, num país de incontáveis violações aos direitos da pessoa imputada, parece até piada falar em excesso de garantias!

4) O garantismo jurídico é uma teoria do direito e da democracia (*Principia Iuris*, 2007 — Ed. Laterza) que não se esgota no garantismo penal. O garantismo penal está contido num universo maior que podemos chamar de garantismo jurídico. Por isso que, lá no início dos anos 2000, Ferrajoli mencionava que determinadas formulações estavam, ainda, inacabadas (o que não significa dizer que nós estejamos com procuração para acabá-las, complementá-las ou adicionar coisas que queiramos à tese complexa de um autor ainda vivo e altamente produtivo!). Nos textos posteriores e, sobretudo, em sua obra de fôlego (*Principia Iuris*, mais especificamente, página 188 do Volume 1), o professor italiano amplia o pensamento e, ao lado do garantismo penal ou liberal (fartamente exposto em *Direito e Razão*), estabelece a necessidade de um *garantismo social, patrimonial, civil e internacional* (mais recentemente, por conta da pandemia, Ferrajoli vem insistindo na necessidade de um constitucionalismo planetário) [9]. Esses níveis de garantismo operam desde estruturas e objetivos próprios. Ex: no garantismo penal, há uma expectativa de não lesão; enquanto no social, uma expectativa de prestação. Não existe, pois, um garantismo positivo, senão que positiva é a natureza da expectativa de satisfação de um direito social, diametralmente oposta àquel'outra que caracteriza os direitos de liberdade. Que fique claro, pois: os Estados democráticos contemporâneos não somente reconhecem o núcleo liberal dos direitos fundamentais, mas também o social (direito à saúde, educação) e o garantismo, por evidente, a ambos se refere. Porém — e aqui está o ponto — em nenhum momento Ferrajoli diz que para se proteger uma dimensão de direitos, deva-se sacrificar outra! Todo o contrário.



5) Garantismo é *la legge del più debole* (a lei do mais fraco). No campo eminentemente penal (posto que aqui está o *busilis*), quem é o mais fraco? A vítima, no momento do crime (daí a necessidade de uma séria teoria do bem jurídico, comprometida com os valores constitucionais). O investigado, por ocasião das investigações. O réu, durante o processo. O condenado, no momento da execução. Queiramos, ou não; gostemos, ou não, o réu é o polo mais fraco no processo penal! Pelo menos, para o garantismo de Ferrajoli e, como de modo geral, para todo o pensamento ilustrado, desde Beccaria! Não existe a menor possibilidade de relativizar um direito fundamental em nome de um suposto interesse da sociedade (aliás, Ferrajoli sequer trabalha com essas categorias). Quando Ferrajoli se refere aos direitos sociais ele está falando do garantismo social, e não do garantismo penal! A proteção, isso é verdade, abrange todos os direitos, mas a forma de exercê-la difere para cada categoria deles. Impossível, pois, falar-se em relativizar garantias no campo penal, em nome do que quer que seja! Não há espaço para isso na obra do professor italiano.

6) Garantismo não é sinônimo de impunidade! Mas de punição com racionalidade e respeito às leis e à Constituição. Nada mais, nada menos. Importante registrar que o paradigma ideal de um Direito Penal mínimo proposto por Ferrajoli não propõe que os bens jurídicos tutelados sejam mínimos. Essa é uma leitura reducionista e totalmente enviesada. Obviamente, Ferrajoli aposta em um processo sério de descriminalização (até porque, convenhamos, há inúmeras figuras típicas que já deveriam ter sido expurgadas há tempos — ou, será que ainda precisamos conviver com *ato obsceno*, *jogos de azar* e coisas desse jaez?), sugerindo, como possível solução, a adoção da reserva de código para tratar de matéria de natureza penal [\[10\]](#). Mas não minimiza a tutela dos bens jurídicos relevantes! O modelo de DP Mínimo (insisto!) diz com o *respeito às garantias*. Por exemplo, Ferrajoli considera a corrupção crime grave, sim! Porém, em nenhum momento concorda que, para puni-la, podemos jogar no lixo o sistema acusatório e deixar o juiz investigar, adotar medidas constritivas de ofício, etc. Na entrevista, inclusive, Ferrajoli é enfático ao dizer que a *Mani Pulite* italiana foi modelo de garantismo se comparada à "lava jato"!

7) O garantismo — como toda teoria complexa, sofisticada, densa — é passível de críticas. Trata-se de uma teoria positivista e, como tal, imersa em conceitos, hoje amplamente discutidos pela teoria do Direito. Debate salutar e engrandecedor! Vários livros publicados pela Editorial Trotta, em que Ferrajoli dialoga com seus críticos, são a prova viva desse eloquente intercâmbio, caracterizado por muito estofo e musculatura teórica. Coisa, infelizmente, rara pelas bandas de cá... Porém, e aqui preciso insistir, *a disputa de sentidos somente será legítima se estiver dentro da obra de Ferrajoli!* A partir do que ele escreveu! Podemos até querer que ele tenha escrito alguma coisa que, para nós, seria o correto. Mas, se ele não o fez, não podemos dizer que fez!

Sim, o garantismo tem lá seus caprichos... O maior deles é não transigir com as garantias. E isso é crucial! É o que funda um sistema de Justiça Criminal democrático. É o muro que separa a civilização da barbárie. Mais dia, menos dia, virá a cidade em romaria... Prefeito de joelhos, bispo de olhos vermelhos, banqueiro com um milhão. Porque, ao fim e ao cabo, só o garantismo poderá nos salvar. Só ele poderá nos redimir...



[1] IPPOLITO, Dario. *Lo spirito del garantismo*: Montesquieu e il potere di punire. Roma: Donzelli editore, 2016, p. 10.

[2] “Garantismo è parola svilita, deturpata dall’abuso. Spesso, e comprensibilmente, suscita sospetto, insofferenza. Evoca, nell’immaginario di molti, cavilli procedurali e scaltrezze curiali”. In Op cit. Página 3. Tradução livre no corpo do texto.

[3] PINHO, Ana Cláudia Bastos de. ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. *Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência o poder de punir*. 2. edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

[4] Sobre os ataques dirigidos ao garantismo, sugiro o artigo intitulado *O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” Made in Brazil*. PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. Publicado na revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte, ano 17, n 26, p 155-186, jul./dez. 2019.

[5] Para uma melhor compreensão, remeto o leitor à entrevista, em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/07/qualquer-confusao-entre-acusacao-e-julgamento-e-prejudicial-a-imparcialidade-diz-pai-do-garantismo-penal.shtml>

[6] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2000. Página 334.

[7] FERRAJOLI, Luigi. In op. cit. Página 93.

[8] FERRAJOLI, Luigi. In op. cit. Página 38.

[9] Sobre o tema, conferir FERRAJOLI, Luigi. *Por que uma Constituição da terra?* In: Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) – I Encontro Virtual, de 23 a 30 de junho de 2020. Disponível em <https://docero.com.br/doc/nv1cxc5>. Acessado em 29/7/20.

[10] FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008. P 220-233.

Date Created

29/07/2020