

Uma janela sobre a utopia: o modelo penal garantista

05/08/2020



Maíra Fernandes
Advogada criminalista

Nos idos de 1835, em *A menina dos olhos de ouro*, Honoré de Balzac,

ao descrever as “fisionomias parisienses” e os profissionais que circulavam na Cidade Luz no século XIX, dentre os quais os magistrados, assim discorre: “Ninguém sabe onde esses homens deixam seu coração — posto que o tenham —, mas, sem dúvida, depositam-no toda manhã em algum lugar, antes de mergulhar nos problemas que angustiam as famílias”.

Ressalvadas as louváveis exceções de juízes e juízas que honram a toga, a assertiva parece aplicável a alguns julgadores da área criminal, insensíveis à responsabilidade do cargo e ao fato de que a simples posição de réu em uma acusação criminal já transforma, por completo, a vida de um ser humano. O que dirá a de encarcerado em um sistema criminal que vive, segundo o Supremo Tribunal Federal, um estado de coisas inconstitucional.

Na contramão da presunção de inocência, não raro imperam decisões de recebimento de denúncias vazias, prisões preventivas e medidas cautelares decretadas em fundamentos vagos e genéricos, buscas e apreensões descabidas, condenações sem provas. Os juízes se manifestam de modo suspeito, dentro e fora dos autos, os réus se deparam, todos os dias, com a inversão do ônus da prova: é desafio do acusado comprovar sua inocência. De modo geral, o encarceramento é a regra, a liberdade exceção.

Exemplo disso pode ser visto nas notícias atuais: ministros do Superior Tribunal de Justiça denunciam que o Tribunal de Justiça de São Paulo se recusa a respeitar as súmulas daquela Corte e, praticamente, não concede os *Habeas Corpus*^[1] impetrados pelas defesas. Nem mesmo a pandemia e a Resolução nº 62 do Conselho Nacional de Justiça foram capazes de

ensejar medidas desencarceradoras: 88% dos *HCs* motivados pela Covid-19 foram negados pelo Tribunal paulista[2]. Os remédios heroicos não tiveram êxito, sequer, no STF, que só concedeu a liberdade em 6% dos *HCs* apresentados entre março e maio para julgamento.[3] Enquanto há quem veja o Brasil como o *país da impunidade*, mais de 700 mil presos se avolumam em unidades superlotadas, em condições insalubres.

A “visão da persecução penal entranhada na alma da maioria dos operadores jurídicos”[4] corresponde a uma *perspectiva utilitarista de processo penal* que, de modo geral, é a antítese da *garantista*. O que significa isso?

Em síntese, a *ideia utilitarista*, notadamente a *preventiva*, acredita que o sistema punitivo é capaz de evitar novos crimes e vê o processo penal como mero *fim* para se alcançar a pena. Assim, quanto antes tal objetivo for alcançado, melhor para a sociedade, com vistas a alcançar o *bem maior*, para o maior número de pessoas ou, na lógica *ressocializadora* – a que acredita no caráter correicional da pena – melhor até mesmo para o próprio acusado.

A máxima de que *os fins justificam os meios*, quando aplicada ao processo penal, transforma as garantias processuais em pedras que atrapalham o caminho para a condenação do réu. Em síntese, o *antigarantismo* não vê problemas em atropelar normas constitucionais e legais, se preciso for, para atingir a almejada condenação criminal, seja por acreditar na punição como forma de vingança, ou por crer que assim serão prevenidas novas práticas criminosas. Nessa lógica, as regras do jogo – o devido processo legal, a presunção de inocência, o princípio da legalidade, o ônus da prova da acusação – podem ser *relativizadas*, ou mesmo afastadas. É isso que justifica um excessivo uso de medidas cautelares, como as prisões preventivas, por exemplo.

Já a perspectiva *garantista*, concebida por Luigi Ferrajoli, é aquela com resguardo em um *Estado Democrático de Direito*, que tem a Constituição como centro do ordenamento jurídico e que assegura, a todos os indivíduos, os direitos fundamentais. Ela vê o processo penal como limitador do poder punitivo e garantidor dos direitos fundamentais do acusado ou investigado.

Por óbvio, não o direito de ser absolvido, mas o de ser julgado por juiz natural, competente e imparcial, preservada a sua presunção de inocência, em um processo com paridade de armas entre a acusação e a defesa, respeitado o devido processo legal e asseguradas as garantias fundamentais. Gostem ou não seus detratores, fato é que o sistema geral do garantismo foi sancionado, em grande parte, pela Constituição Federal de 1988, “como por todas as constituições evoluídas”[5], de modo que deveria ser, ao menos em tese, impossível sustentar-se um modelo de direito penal e de processo penal no Brasil que não respeitasse os princípios sobre os quais se funda o seu modelo *garantista* clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, e a presunção de inocência”[6].

O processo penal e a Constituição Cidadã têm, como diz Geraldo Prado, essa “vocação comum”: “o equilíbrio no exercício do Poder e a tutela de direitos e garantias indispensáveis à consideração da dignidade do ser humano”[7]. São, pois, indissociáveis.

Sem qualquer exagero, Norberto Bobbio, ao apresentar *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli, reconhece a profundidade da “elaboração de um sistema geral do garantismo” e o identifica como a “construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal”[8].

Diante de teoria tão densa, soam pobres as críticas formuladas ao garantismo e se avolumam as deturpações teóricas, bem destacadas por Ana Claudia Bastos de Pinho neste mesmo espaço[9]. De fato, o próprio autor italiano destaca que, em várias ocasiões, o modelo por ele estruturado sofre uma “desqualificação científica e política por parte da cultura jurídica, com resultados indefectivelmente antigarantistas”[10].

No Brasil há quem critique um “excesso de garantismo”, expressão que, para Ferrajoli, “não faz sentido”, pois “‘Garantismo’ não significa vazio na aplicação da lei. Consiste em respeitar as garantias penais e processuais, que são, muito mais e muito antes que garantias de liberdade, garantias de verdade”[11]. A incompreensão disso gera efeitos danosos ao nosso sistema de política criminal. Enquanto há quem diga que o garantismo é um obstáculo à responsabilização penal, o direito de defesa é, comumente, solapado em busca de uma suposta “eficiência” processual.

Na realidade, a lógica de um sistema garantista é a de ser um norte, um horizonte, uma perspectiva ou um referencial em relação aos quais o operador do direito deve procurar nunca se distanciar ou, menos ainda, caminhar em sentido contrário.

Nas palavras de Ferrajoli, é um modelo de *caráter utópico*. Para ele, o *esquema epistemológico* apontado em sua obra e o *modelo penal garantista* “têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista”[12], mas ressalva que isso não significa dizer que ele não possa ser satisfeito, em maior ou menor grau, ou seja, ainda que parcialmente, a depender das técnicas legislativas e judiciais aplicadas.

Daí se conclui que a elaboração de normas definidoras de garantias penais e processuais penais, e a sua consequente aplicação pelos juízes, serão decisivas para se “reduzir, do maior modo possível, o poder judicial arbitrário”[13] e, portanto, alcançar-se o *modelo garantista*[14]. Quanto maior for a implementação desse modelo pelo sistema penal, maior será a efetivação dos direitos fundamentais.

Não há qualquer tom pejorativo no *caráter utópico* do garantismo. Ele assim o é em razão da dificuldade de sua implementação, considerando-se o fato de que a teoria depende da atividade jurisdicional e, como afirma Ferrajoli, sabe-se bem que “o juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptarem perfeitamente a ela”[15].

O cerne é que todo modelo penal deveria ser, ou buscar ser, garantista. Sabemos que nem sempre assim o é, mas, como diz Eduardo Galeano em suas *Palavras Andantes* [16], a utopia serve, justamente, para que não se deixe de caminhar:

Ventana sobre la utopia. Ella está en el horizonte — dice Fernando Birri —. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar^[17].

Quem batalha nas trincheiras da Justiça criminal sabe que, de modo geral, o modelo garantista passa ao largo dos autos processuais, dos despachos com os magistrados e dos julgamentos virtuais.

Os juízes, desembargadores e ministros que respeitam as garantias penais e processuais correm risco de linchamento popular – a exemplo das manifestações contrárias às decisões proferidas pelo STF – de execração na mídia ou nas redes sociais.

Este é o caso do Juiz de Direito Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, que, no dia 28 de julho, não parece ter depositado seu coração na mesa de cabeceira, antes de realizar dez audiências de custódia na Comarca de Caruaru-PE. Sensível às responsabilidades do cargo, o magistrado analisou determinada prisão em flagrante por alegado tráfico de drogas e identificou uma série de equívocos na atuação policial. Decidiu, pois, pelo relaxamento da prisão do acusado, eis que ausentes os requisitos legais para sua manutenção. Via de consequência, determinou a devolução dos pertences apreendidos no momento da detenção e, ao invés de escrever “menos o entorpecente”, por deslize ou correção automática fez constar “mesmo o entorpecente”^[18]. O manifesto erro de digitação, não observado pelas partes, tampouco objeto de recurso, foi suficiente para que ele fosse enxovalhado em rede nacional.

O episódio, lamentável, diz muito sobre a pressão aos juízes que se dispõem a fazer o básico em um processo penal: respeitar a lei, a Constituição Federal e os direitos dos acusados. Ainda que o cerne da crítica tenha recaído sobre o engano em torno do comando relacionado à droga (e não à concessão de liberdade), é fácil supor que não haveria repercussão semelhante, acaso o desacerto tivesse ocorrido em decisão encarceradora.

Em *terras brasílicas*, o garantismo de Ferrajoli parece, de fato, cada vez mais utópico... mas, o que nos move, é a esperança de um dia o alcançar.

[1] Confira-se: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/ministro-critica-medicao-forcas-tj-sp-tribunais-superiores>; <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/stj-repreende-tj-sp-nao-seguir-sumula-nao-conceder-hc> e <https://www.conjur.com.br/2020-ago-04/ministros-stj-criticam-desobediencia-jurisprudencia-criminal>. Acesso em 04.08.2020.

[2] Confira-se: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/tj-sp-nega-88-habeas-corpus-motivados-covid-19>. Acesso em 04.08.2020.

[3] Confira-se: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/stf-resiste-a-pessoas-para-soltar-presos-durante-pandemia.shtml>. Acesso em 04.08.2020.

[4] O trecho entre aspas é de PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. xiv.

[5] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

[6] *Ibidem.*, p. 29.

[7] PRADO, Geraldo. *Op. Cit.*, p. xiii.

[8] BOBBIO, Norberto. Prefácio da 1ª edição italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 7.

[9] PINHO, Ana Claudia Bastos de. Garantismo penal: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli?fbclid=IwAR0ZMWU2HLnTg_shh9JHqnA3bhnUUHDpnT7SHUcCLAxMk6FrS6Otl7qn9gk. Publ. 29.07.2020.

[10] FERRAJOLI, Luigi. *Op.Cit.*, 2002, p. 30.

[11] Cf: <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>. Acesso em 04.08.2020.

[12] FERRAJOLI, Luigi. *Op.Cit*, p. 33.

[13] *Ibidem*, p. 34-35.

[14] *Ibidem.*, p. 33-35.

[15] *Ibidem.*, p. 33.

[16] GALEANO, Eduardo. *Las Palabras Andantes*. Buenos Aires: Catálogos S.R.L. 1Ed. 1993, 5.Ed. 2001.

[17] *Ibidem*, p. 230.



[18] Confira-se a manifestação do juiz em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-01/juiz-explica-ordem-devolucao-drogas-foi-erro-material> e a manifestação de apoio de juristas em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-02/juristas-divulgam-nota-apoio-juiz-cometeu-errou-digitacao>. Acesso em 04.08.2020.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-ago-05/escritos-mulher-janela-utopia-modelo-penal-garantista/>