

Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.

324 pp., Livraria do Advogado Editora, 2012, organizado por Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade.

Nestor Eduardo Araruna Santiago*

Doutor em Direito, com estágio pós-doutoral
Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Advogado criminalista.
<https://orcid.org/0000-0002-2479-7937>

* E-mail: nestorsantiago@unifor.br

1. É necessária uma explicação prévia a esta recensão. Publicada no Brasil em 2012, a obra encontra-se atualmente esgotada, embora haja previsão para nova edição em 2021. Portanto, uma eternidade em «tempo jurídico» já se passou desde o lançamento da primeira versão, o que, em uma açodada reflexão, poderia levar a uma conclusão igualmente açodada – e equivocada – de que o livro não mereceria qualquer atenção por parte do público leitor. Muito menos uma crítica que pareceria deslocada justamente pelo fato de estar sendo elaborada há quase dez anos após seu lançamento.

2. No Brasil, existe um debate enviesado a respeito da Teoria do Garantismo, elaborada pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli na década de 1980 por meio da obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale* (1989), cuja tradução para o Português brasileiro deu-se somente no ano de 2002. Explico. A primeira compreensão que se tem é que se trata de um livro de direito penal e que apresenta uma teoria para o direito penal. Nada mais incorreto, pois é uma obra de teoria do direito, que se utiliza do direito penal para a comprovação da tese. A segunda compreensão decorre da primeira – igualmente incorreta e divulgada pela imprensa – que garantismo seria um contraponto ao punitivismo, chegando-se até mesmo a tachar este ou aquele Ministro do Supremo Tribunal Federal com o adjetivo de «garantista» ou «punitivista». A terceira compreensão – muito difundida no Brasil – é que deveria haver um garantismo também para as vítimas, o que se convencionou chamar de garantismo penal integral.

3. Por óbvio, todas as percepções acima listadas – para falar das mais impactantes – estão fora do esquadro elaborado pelo e para o garantismo ferrajoliano. A teoria pretende ser do direito e para o Direito como um todo, e não especificamente para o Direito Penal. Sua aplicação deve ser feita para a proteção de direitos fundamentais individuais e sociais a partir de uma visão constitucional, com modificações importantes nos conceitos de vigência e validade da norma. Reduzir a teoria garantista a uma mera disputa narrativa entre garantismo e punitivismo é falsear o debate de ideias a partir de um ponto que não é o centro do pensamento de Ferrajoli.

4. Luigi Ferrajoli é um dos mais importantes teóricos do direito do final do século xx e início do século XXI, no mesmo nível de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Richard Posner, Norberto Bobbio e muitos outros. Não se trata de opinião meramente pessoal, mas de constatação decorrente da permeabilidade de sua obra não só em solo italiano, mas também na Espanha – onde a primeira tradução de *Diritto e ragione* foi feita em 1995 por Jordi Ferrer Beltrán – e em toda a América Latina, em especial na Argentina, Uruguai, Peru, Colômbia, México e

Brasil. Em Portugal, o pensamento ferrajoliano e sua obra não são tão estudados. E mesmo nos países aqui mencionados, há recortes diferentes de estudo: no Brasil, garantismo penal; América Latina, garantismo processual; na Espanha, o estudo mais verticalizado da teoria garantista como teoria do direito. Nos países anglo-saxões, além de uma aparente dificuldade de tradução do termo «garantismo» (*guaranteeism? garantism?*), há uma inadequação do ponto de vista da própria teoria, que trabalha com os paradigma da constituição escrita e da norma legal.

5. Ferrajoli não pode ser considerado o *one-man-book*, isto é, aquele cujo pensamento está condensado em um só livro. Seu trabalho se inicia no fim da década de 1970, com Danilo Zolo, e ainda hoje continua, mesmo após o jubileamento da Universidade Roma Tre. Com mais de 80 anos de idade, quase duas dezenas de livros publicados (sem contar as traduções), incontáveis artigos em revistas jurídicas, recentemente publicou *Iura Paria: I fondamenti della democrazia costituzionale* (2020). Mas chama a atenção o que pode ser considerada sua obra-prima: publicado em 2007, *Principia Iuris* (três volumes) é, ao mesmo tempo, a revisão da teoria do garantismo e a prospecção de seus caminhos a serem percorridos.

6. Mas o leitor deve estar se perguntando: «Se a obra objeto da recensão é uma, por que seu autor está escrevendo sobre uma terceira pessoa?». Ora, por uma questão muito simples: não há como se compreender o livro «Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli» sem apresentar referências mínimas de Ferrajoli ao leitor. Mesmo porque o livro trata exatamente de um diálogo de autores brasileiros com o próprio Luigi Ferrajoli, cujos trabalhos abrem e fecham a publicação. Esta peculiaridade, por si só, torna o livro diferente dos demais que abordam o tema do garantismo. E é importante registrar não ser comum em *terrae brasiliis* a formatação de uma obra que procure dialogar com a obra de determinado autor, estando ele listado entre os próprios autores dos capítulos do livro. Por aqui, grassam as coletâneas de capítulos de livros, e cada vez menos há espaço para o debate de ideias, ante a polarização causada pelo cataclismo político que vem assolando o Brasil nos últimos tempos.

7. Dividido em três partes – premissa, réplica e tréplica – o Professor Luigi Ferrajoli inaugura o livro com o capítulo intitulado «Constitucionalismo garantista e constitucionalismo principialista», em que apresenta as questões básicas de seu pensamento a respeito da dissensão entre Direito e Moral, da utilização indevida de princípios constitucionais a partir do modelo de ponderação,

da compreensão de que não há diferença ontológica entre princípios e regras – como prega a corrente neoconstitucionalista no Brasil – enfim, da utilização adequada da teoria garantista a partir de suas bases teóricas.

8. Na segunda parte do livro – as réplicas – há sete capítulos que dialogam com a premissa apresentada por Ferrajoli, todos escritos por autores que conhecem a fundo sua obra, seja porque com ele estudaram em algum momento da vida, seja porque se debruçaram sobre as publicações de Ferrajoli. Lênio Luiz Streck, um dos organizadores da obra, inaugura a segunda seção com o capítulo “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”. Nele, concorda com as críticas de Ferrajoli ao neoconstitucionalismo, ao pan-principiologismo (ou excesso de princípios) e à ponderação como instrumento de enfraquecimento do direito. Ao final, porém, estabelece uma divergência com Ferrajoli ao propor uma teoria constitucional pós-positivista, afastando-se então do pensamento ferrajoliano.

9. No capítulo que se segue, André Karam Trindade, também organizador da obra, apresenta um estudo sobre a possibilidade de criação de uma teoria garantista da decisão judicial («Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*»). Trata-se de perspectiva interessante, já que a decisão judicial não faz parte dos estudos de Ferrajoli na teoria garantista. Neste sentido, Karam Trindade aponta a incongruência teórica (e prática) entre o garantismo e o ativismo judicial – notadamente a partir de uma visão equivocada da ponderação de princípios baseada em Robert Alexy – e estabelece uma lista de exigências que condicionam a decisão judicial sob a perspectiva garantista. Em seguida, Alexandre Morais da Rosa apresenta o texto «Constitucionalismo garantista: notas lógicas», em que faz considerações importantes sobre o garantismo a partir de uma crítica ao neoliberalismo e o que ele chama de «discurso sedutor e liberalizante do *Law and Economics*». Reafirma a importância das premissas garantistas ao afastar o discurso da eficiência sobre o garantismo, e de reforçar a confiança nos limites normativos a partir das regras.

10. Logo após, Alfredo Copetti Neto – que ao lado de André Karam Trindade, é um dos principais divulgadores do pensamento garantista no Brasil, para além do debate limitado e equivocado da «penalização» do garantismo – produz ensaio intitulado «Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas». Numa revisão profunda do texto introdutório de Ferrajoli, Copetti Neto ressalta a importância de se afastar a ideia da ponderação de princípios como argumento

para se estabelecer a normatividade constitucional. Ou seja, rechaça o pensamento neoconstitucionalista a partir da leitura (equivocada) de Robert Alexy no Brasil. Em seguida, João Maurício Adeodato apresenta o texto «Para um debate entre a atitude retórica e o positivismo garantista». Numa leitura um tanto crítica do ensaio de abertura do livro, o autor discute a teoria garantista a partir de uma vertente filosófica – afinal de contas, Ferrajoli é um filósofo, e não um professor de direito penal – e da própria teoria do direito.

11. Sequência, «O constitucionalismo garantista e a leitura moral da constituição: quais são as “condições de possibilidade” dos juízos substanciais (materiais) de controle de constitucionalidade?». Dividido em quatro partes, Rafael Tomaz de Oliveira faz digressões importantes a partir de uma crítica clara da perspectiva moral de aplicação do Direito, concordando com Ferrajoli sob a perspectiva da necessidade de afastamento dela – a moral - do direito positivo. Mas faz importante ressalva a respeito da teoria do garantismo como uma espécie de iluminismo constitucional. E a partir da discussão de um caso prático – a constitucionalidade de aspectos da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 132/2010), em especial a inelegibilidade de cidadãos condenados criminalmente por órgãos colegiados – que contrapõe os princípios constitucionais da presunção do estado de inocência e o da moralidade, o autor faz um «teste de estresse» na tese ferrajoliana.

12. No último capítulo da segunda parte, Sérgio Urquhart Cadermatori e Carlos Luiz Strapazzon, autores que também têm alguns trabalhos a respeito da teoria garantista publicados em periódicos, procuram examinar os postulados garantistas a partir de condições eventuais de adequação da atitude ativista da magistratura. Da mesma forma que o texto anterior, os autores valem-se do estudo do Mandado de Injunção (MI) – que é uma garantia constitucional que busca corrigir, pela via judicial, a omissão legislativa para a efetivação de direitos fundamentais – a partir de uma visão do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto. Neste ponto, é importante ressaltar que questões submetidas à Suprema Corte sob o manto do MI são importante termômetro de verificação da correção da aplicação da teoria do garantismo a partir de uma tutela jurisdicional efetiva na prática para a proteção de direitos fundamentais individuais e coletivos, no que fazem uma crítica da obra de Ferrajoli.

13. Por fim, com o texto «O constitucionalismo garantista e o estado de direito», Luigi Ferrajoli apresenta tréplica a cada uma das críticas realizadas nos capítulos apresentados na réplica, ora reforçando seus pensamentos, ora fazendo pequenas correções de rota na teoria garantista. Relembra Ferrajoli que

todo o debate retratado no livro é oriunda do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Associação Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), realizada em Curitiba, Paraná, entre os dias 20 e 22 de maio de 2010, momento em que o Professor produziu reflexões críticas sobre o constitucionalismo atual.

14. Vale a leitura da obra pelo o que ela traz, ainda que se tenha que recorrer a sebos ou, então, à compra do livro pela loja virtual, para leitura em *e-book*: um debate sincero, profundo, respeitoso e de relevo acadêmico a respeito do constitucionalismo no Brasil a partir da teoria garantista, cuja compreensão ainda se limita ao seu aspecto meramente penal, e que a partir dele é vulgarizado como instrumento para a proteção da criminalidade.