

A Relação Entre a Doutrina e a Jurisprudência Sob a Óptica do Garantismo

Ministro Og Fernandes

Superior Tribunal de Justiça - STJ

PROF. DR. JUAREZ TAVARES - PRESIDENTE DA MESA:

Estamos, então, no encerramento deste Seminário Crítico da Reforma Penal, em que se discutiu não exaustivamente, mas acho que suficientemente sobre o projeto do Código Penal, suas incongruências, imperfeições, cominando com esse manifesto, essa carta que foi aplaudida por todos, e agora temos a satisfação e honra de contar com a conferência do Ministro Og Fernandes do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Og Fernandes, além de Membro do Superior Tribunal de Justiça, é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, bacharel em Jornalismo pela Universidade Católica de Pernambuco, foi Juiz de Direito em Pernambuco, Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco, professor de História no Colégio Militar do Recife, Assessor Jurídico do Sistema Penitenciário do Estado de Pernambuco, professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

Quero dizer a todos que o Ministro Og Fernandes, além de toda a capacidade exprimida pelo currículo, tem outra característica que reputo fundamental para um Magistrado: é uma pessoa muito ponderada, estritamente minuciosa nos exames dos processos e está sempre preocupado em respaldar os Direitos Fundamentais da pessoa humana. Pude observar isso durante cinco anos de convívio no STJ e, por essas constatações, posso dizer que se trata de um notável Magistrado.

É uma honra enorme contar com sua presença neste Fórum de Crítica ao Projeto de Reforma ao Código Penal.

Com a palavra, o Ministro Og Fernandes.

MINISTRO OG FERNANDES:

Eu cheguei hoje, em torno do meio-dia, e vi o Rio de Janeiro um pouco diferente, com chuvas. A conclusão foi imediata: quando o Cristo

Redentor goteja no Rio, como Cidade Maravilhosa, é porque ele quer que as pessoas se reúnam em um ambiente protegido, se aproximem mais, conversem, discutam temas do interesse da sociedade, o que o Professor Juarez Tavares, aqui, está a permitir.

A cidade do Rio de Janeiro continua maravilhosa; ela é maravilhosa pela sua beleza, pela sua topografia, pela generosidade do seu cenário. É uma cidade muito rica, rica no sentido de recursos humanos, das pessoas. E, sem prejuízo de tantos outros responsáveis por essa riqueza do Rio de Janeiro, eu menciono o Professor Juarez Tavares, o Professor e Des. Geraldo Prado e o Des. Paulo Baldez. Muito obrigado pela oportunidade que me conferiu o Professor Juarez Tavares, que sabe que eu sou um dos seus pequenos discípulos.

O professor Juarez me convidou para vir aqui e disse que, em nome do evento, gostaria que conversasse a respeito do Garantismo e da figura de Luigi Ferrajoli, para mostrar como se apresenta a teoria, a doutrina do Garantismo, em relação aos tribunais. Eu pensei, Professor Juarez: todos sabemos, a figura do Luigi Ferrajoli tem – permita-me Caetano Veloso usar a expressão – uma das mais fiéis traduções no Professor Juarez Tavares. E a idade me ensinou, a experiência me ensinou que, no caso, não seria oportuno que eu viesse falar da figura de Ferrajoli como doutrinador e da sua importância óbvia na história do Direito Penal, do final do século passado para os tempos mais recentes. Há toda uma fiel tradução dele, aqui do meu lado.

Tentei pensar em Ferrajoli no seu contexto histórico e, talvez, num juízo de adivinhação, impróprio para magistrados, imaginar o porquê, o que o teria influenciado a atuar e agir da maneira como ele atuou e atua, e que tem sido útil na formulação de uma doutrina atualizada para o Direito Penal. Lembrei-me, então, de uma frase de Eduardo Galeano – vocês conhecem, um escritor uruguaio, crítico de futebol e que escreve sobre muitos temas, mas ficou muito famoso depois que o presidente Hugo Chávez presenteou o livro dele “As veias abertas da América Latina” ao Barack Obama, num primeiro encontro que eles tiveram. Eduardo Galeano diz que a história é um profeta com os olhos voltados para o passado. E qual é o passado? Qual é a história que envolve a vida do Ferrajoli? Estamos a falar de alguém, nascido em 1940, numa Itália conflagrada, que foi juiz aos 27 anos e permaneceu na magistratura um pouco mais ou um pouco menos de 20 anos.

Os dados históricos me parecem extremamente relevantes para entender os posicionamentos que o levaram a esse papel denominado Garantismo. Nós estamos a discorrer sobre alguém que nasceu num país que somente conseguiu a sua unificação em 1870 – a última cidade a ser anexada foi Roma, naquele ano. Tratava-se de um país europeu que não tinha sequer 100 anos de união.

Ele experimentou o “clima” de uma Itália que se envolvia, pela segunda vez, num conflito mundial, num período de 30 anos, e que, na segunda oportunidade, fazia um papel de coadjuvante de um Estado totalitário representado basicamente pelo Nazismo; que vinha de uma Primeira Guerra Mundial, em que fora vencedor – e a Itália foi o primeiro país do mundo a usar a força aérea no conflito – mas não era a mesma força, nos idos de 1940; que conviveu durante toda a sua infância com a queda do frágil e nascente Estado italiano, logo envolvido pela ideologia fascista; de um país, já em 1943, extremamente dividido entre o norte, ligado ao Nazismo, e o sul, solidário às forças que lutaram contra o totalitarismo (não é à toa que Mussolini veio a ser preso em 1943, e solto pelos nazistas de Hitler).

Na juventude, Ferrajoli conviveu com um panorama de desrespeito à dignidade humana e de miséria decorrente da derrota italiana, na II Grande Guerra; com a fome no seu país, com a profunda crise econômica que abraçou a Itália pós-Segunda Guerra Mundial, com a preocupação de dizer um basta a um Estado totalitário onde a prática do poder se exerce de forma superior à norma fundante. Diante dessa realidade, por outro lado, assistiu aos problemas decorrentes da quebra da Bolsa de Nova Iorque de 1929, um mundo que se percebia mais democrático, mas que não resolveu os problemas referentes à igualdade, nem a questão do exercício do poder, ao qual ele chama, com um certo grau de ironia, de “poderes selvagens”.

Nesse caldo de informações, situações e experiências extremamente ambivalentes, surge jurista que disse: “Estado, confie menos; Executivo, confie menos; Legislativo, confie menos; Judiciário, confie menos”.

Na realidade, a doutrina do Garantismo, em suas linhas gerais, não é uma hipótese doutrinária que tenha nascido com o próprio Ferrajoli. Há que se ver que nós estamos a tratar de alguém que, embora identificado com o Processo Penal, é, em essência, um filósofo do Direito.

O Garantismo, como dado na História do Direito – surgiu das experiências liberais do final do século XVIII e no século XIX, de mais fraternidade, mais igualdade, mais liberdade (ou fraternidade se não a tiver, igualdade se não a tiver, como não se tinha). “Liberdade” – aproveitando os mineiros – “ainda que tardia”, como experiência humana, como sociedade humana, notadamente no Ocidente, que é o mundo em que conhecemos todos e sofremos com as suas vicissitudes.

Então, o antídoto para o Império era a Revolução Francesa e, um pouquinho antes, a Carta Americana, a resposta da igualdade e da liberdade. Mas é preciso ver – e, nisso, ele tem razão – que nem a Carta Americana nem a Constituição Francesa constituíram-se em elementos que trouxeram essa igualdade, essa liberdade e essa fraternidade a um patamar exigido pela sociedade humana.

Basta lembrar, por exemplo, que a Constituição Americana, melhor dizendo, suas Emendas n.^{os} XIII, XIV e XV trouxeram, em primeiro lugar, a possibilidade de o país permitir que cada Estado, com um tipo próprio de Constituição, pudesse decidir sobre a existência ou não da escravidão que, num primeiro momento da Independência Americana, foi tratada como algo exigível e exigido, notadamente pelos estados do sul, que eram escravocratas; num outro instante, a Constituição americana diz que os Estados podem se definir pela adoção da escravidão, pois seria uma questão que não dizia respeito à unidade do País, mas a cada Estado.

As outras emendas trataram da impossibilidade do voto do negro e da manutenção, de uma maneira geral, da discriminação racial. Sabem todos, a discriminação racial é um fenômeno perverso, usando a linguagem Ferrajoliana, um dos “poderes selvagens”. A República Francesa, em um certo momento, constituiu uma página de muito terror decorrente da disputa pelo poder entre jacobinos e girondinos.

Não se pode falar de um Estado igualitário no exemplo alemão que se constituiu pós-Primeira Guerra Mundial, com toda a crise econômica que sofreu a Alemanha, e com aquele discurso que surgiu a partir da implantação do nazismo, num primeiro momento, constituído democraticamente, depois, imposto por um golpe. Mas esse Estado possuía um arcabouço jurídico. Então, essa é a crítica que ele faz a Kelsen, no sentido de que, embora tivéssemos a norma, tal como imposta, não resolvia o problema da sociedade, da igualdade.

A partir daí, Ferrajoli começa a constituir uma doutrina que teve como base, fundamentalmente, a Constituição Italiana de 1947 e ideias também vindas da Constituição Alemã de 1949, vale dizer, pós-queda do totalitarismo, naqueles países e no mundo de uma maneira geral. Sua doutrina mais conhecida – hoje, ele diz que não é o trabalho principal dele – constante do livro “Direito e Razão”, advém da reforma do processo penal decorrente da mudança constitucional de 1947, da Itália, e da modificação da legislação de execução penal naquele país.

O livro é de 1969 e o termo “Garantismo Penal”, hoje, é disseminado a partir das faculdades de Direito, das primeiras lições de Direito Penal, de Processo Penal. É o próprio Ferrajoli quem diz que a expressão “Garantismo Penal” surgiu no início da década de 1970, na Itália, a partir do seu trabalho.

Em linhas gerais, temos a considerar como característica mais relevante do perfil do autor, a partir do seu trabalho, que estamos diante de alguém libertário, progressista, polêmico, humano, radicalmente igualitário, democrata, vanguardista, que se define como *juspositivista*, e um pouco utópico. O mundo do direito passou a ter atenção ao que ele diz, notadamente os penalistas. Uma frase de Bobbio a respeito dele, parece-me, define essa característica – Norberto Bobbio, que é outro italiano, bravo italiano, há pouco tempo falecido. Ele dizia que Ferrajoli é uma personalidade nascida para um mundo ideal. Daí, penso eu, essa característica: um pouco de utopia em Ferrajoli.

Se puder traçar, em poucas palavras, o pensamento dele, digo que Ferrajoli leva às últimas consequências a questão dos Direitos Fundamentais e da legalidade estrita. Talvez seja o resumo do que se fala e do que se escreve. O exame da legalidade, num processo penal como instrumento, e no direito penal como consequência de uma sociedade que se pretende seja “civilizada”. Essa legalidade à risca é a resposta penal, em um ambiente de tolerância, ante a ausência de explicação da sociedade para todos os fatos humanos.

Quando cheguei aqui, encontrei a professora Katie Arguello, da Universidade Federal do Paraná, falando a respeito do jogo do bicho de maneira geral. Penso que o genial mestre italiano estaria em sintonia com ela quando se imagina: será a solução penal a mais adequada para o jogo do bicho, notadamente num país e num cenário em que há liberação de

quase todos os jogos, inclusive de um similar ao jogo do bicho? Eu lembro de uma passagem do Henry David Thoreau, que escreveu um livro básico, pequeno, que todos devem ler, intitulado “Desobediência Civil”. Quem é da área de Ciências Sociais, gosta do Direito, deve ler. Ele foi preso porque deixou de pagar os impostos. Há uma passagem da prisão em que ele descreve (e ele escreveu esse livro, que é universalmente famoso, na prisão), ao chegar ao cárcere, que: “Eu estou aqui entre quatro paredes, fechado, sem fazer nada, quase que um ser inanimado; será que o Estado não tinha outra coisa mais útil para fazer com o meu corpo?”.

O exercício desse posicionamento, que adiante vai gerar a questão da tolerância, a questão do exame dos fatos da sociedade sobre outro ângulo, tal como, por exemplo, Gandhi, se reflete numa postura, que possa ser, até certo ponto, maximizada em relação à condição humana, à fraqueza humana e, por outro lado, é um olhar detido e cuidadoso sobre como esse Estado, vale dizer, esse Judiciário, esse Executivo, esse Legislativo está tratando o seu cidadão, está tratando a convivência humana.

Lembro a nossa Constituição de 1824. Ela foi elaborada num cenário em que o país se tornava independente de Portugal e discriminava, de uma forma razoável para época, como o Estado Brasileiro se organizava e se relacionava com a sociedade. Havia, entretanto, um poder efetivo, o moderador, que estava nas mãos de alguém, decidindo como as coisas seriam resolvidas.

Levar a fundo a legalidade, notadamente na área penal, é dizer, a resposta que hoje se oferece para os conflitos humanos não corresponde aos sentimentos de uma sociedade que se pretende mais igualitária.

De um poder que se considere legitimado e não temido pelos que cederam parcela desse mesmo poder, a partir do conceito de Hobbes: “Homo homini lupus”, isto é, o homem é o vilão da própria humanidade. Que não basta apenas a compreensão de que, ao renunciar ao exercício desse poder absoluto, poder-se-ia matar alguém, ferir, furtar impunemente porque isso implicava uma desorganização tremenda da vida social, entrega isso ao Estado, e é preciso que esse Estado dê um retorno mais igualitário, tendo como horizonte os direitos fundamentais.

Falando em Ferrajoli, lembrei-me de que ele é polêmico, e é da sua natureza ser polêmico. Gandhi era polêmico, muito polêmico, mas era tolerante. Que tipo de tolerância podemos assimilar de um e de outro?

O fato de que essa tolerância não pode ser entendida como passiva, um receio, um não fazer de coisas. Ela representa uma postura reativa contra um Estado colonizador ou, de alguma forma, discriminador. Isso implica dizer “eu não vou bater em você, eu não vou matar você, mas eu não concordo com nada com que você está me fazendo”. Não aceitar a conduta humana, num determinado contexto da vida, é da regra do jogo.

A questão é até que ponto nós vamos aprofundar essa não aceitação. Talvez seja esse o grande dilema que se faz em torno do pensamento de Ferrajoli e do tema de Garantismo Penal. Sobre dignidade humana, ele exalça alguns aspectos: a decisão na esfera penal terá que valorizar a vida, a sobrevivência e a liberdade.

Poderia falar mais alguma coisa a respeito do, digamos assim, patrono do garantismo penal, mas eu pretendo fazer um exercício com vocês, que é o seguinte: colocar Ferrajoli, que foi juiz na Itália, no Judiciário do Brasil. No Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça, em Tribunais que exerçam jurisdições na seara penal. Vamos imaginar que ele seja, num determinado momento, instado a decidir questões penais no Brasil.

O exercício consiste em tentar ver com o grupo aqui presente se essas decisões seriam apoiadas por ele. Se o ex-magistrado italiano também compartilharia desses julgamentos. Noutras palavras, será que o Brasil se deixou permear na sua interpretação do Direito Penal, do Processo Penal (porque alguns dos seus axiomas não são de Direito Penal, mas de Processo), se essas decisões atenderiam a sua filosofia.

A primeira questão é um Recurso Ordinário em Habeas Corpus: apropriação indébita de quatro livros. O Tribunal entendeu que, para aquele fato, a retribuição devida não seria uma ação penal. O descumprimento de uma obrigação de natureza estritamente cível não enseja a intervenção do Direito Penal diante de seu caráter subsidiário e fragmentário. Deve o litígio limitar-se ao campo obrigacional e reservar o poder punitivo estatal aos casos em que sua aplicação se mostra realmente necessária.

Farei uma leitura, a voo de pássaro, de outras hipóteses em que parece observar um cenário garantista – para usar a expressão que, às vezes, é até interpretada num sentido que já chega a ser pejorativo.

O princípio da legalidade constante dos ensinamentos dele, mas não somente dele: não há crime sem lei penal que o defina. É uma história de “cola eletrônica”. O Supremo entendeu que a conduta denominada “cola eletrônica”, a despeito de ser reprovável, é penalmente atípica.

Princípio da necessidade. Não há lei penal sem necessidade. Essa foi uma decisão da minha Turma. Suposto dano ao meio ambiente. Aliás, ressalve-se que Ferrajoli coloca o garantismo em favor do interesse público, basicamente em dois temas: a questão da tortura e a do meio ambiente, o que deixou claro em vários outros escritos. No caso, alguém construiu uma casa extremamente humilde numa reserva ambiental para servir de moradia à família. O Tribunal entendeu que não configuraria dano ao meio ambiente. Apesar de ser uma reserva, traduzia uma necessidade e o direito fundamental ao chão e ao teto. O Direito Penal não é a primeira resposta. O Direito Penal será, certamente, dentro do que a inteligência humana pode conceber, a última solução.

Princípio da lesividade ou ofensividade. Também é aí uma questão de furto simples. O cidadão tentou furtar uma máscara de tratamento capilar, avaliada em R\$ 8,95. É a chamada ausência de tipicidade material. Embora, formalmente, isso possa ser crime, que ofensividade representará do ponto de vista penal? Desnecessária a imposição de sanção penal no caso, pois o resultado jurídico mostrou-se absolutamente irrelevante.

Já, nesse caso, há suposta lesão sem ação exteriorizada. O Tribunal, em processo de relatoria de Ministro hoje aposentado, que honra as tradições jurídicas do Rio de Janeiro, Ministro Hamilton Carvalhido, disse sobre a tentativa, exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria voluntarista que se contenta com a exteriorização da vontade por meio da prática de atos preparatórios, nem com a sistemática que se satisfaz apenas com a periculosidade subjetiva manifestada, o direito penal do autor. Foi aceita a teoria objetiva. É um caso em que câmeras de vídeo monitoraram situações privadas e pessoas foram presas em função disso. Está no limite da subjetividade da conduta humana e, nesse caso, houve a concessão do *habeas corpus*.

Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal. Essa, talvez, seja uma das situações mais comuns, de um certo protagonismo acusatório. Por vezes, não é possível imputar responsabilidade penal em razão da qualidade de sócia, por empresa envolvida em esquema fraudulento, ainda

mais quando não se demonstra qualquer poder de administração contratual, ou de fato, ou indício de sua participação do ilícito apurado.

Princípio da jurisdicionariedade. Não há culpa sem regular juízo. Um juiz foi, ele próprio, fazer as diligências de busca e apreensão de documentos. Eis uma feição de um modelo acusatório que não é exatamente o que se pretende para o país.

Nessa outra hipótese, não há juízo regular sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*). A descrição deficiente da conduta delitiva e a narrativa que não enseja o esclarecimento mínimo da suposta autoria tornam a denúncia inepta, o que traduz manifesto constrangimento ilegal, passível de ser debelado pela via do *habeas corpus*, haja vista o patente prejuízo à ampla defesa.

Não há acusação sem prova. Neste caso, a denúncia veio sem nenhum elemento que a embasasse minimamente. Fala-se sempre do garantismo como a maximização dos direitos e garantias individuais, dos direitos fundamentais e a redução do Estado. Essa é uma hipótese em que, a meu ver, fica bastante clara a necessidade de que haja causa justa para o oferecimento de denúncia.

Princípio do contraditório e da ampla defesa, caso de extorsão mediante sequestro. Trata-se de um advogado constituído, que renunciou ao mandato, e o juiz constituiu um defensor dativo sem ouvir o acusado, sem permitir que o acusado se manifestasse se desejava, ou não, em sede de alegações finais, constituir novo patrono. Obviamente a ação penal foi anulada.

Inconstitucionalidade de regime inicial fechado nos crimes hediondos, nova redação da Lei n. 8.072/1990. Não é porque se comete um determinado tipo de infração, que se obriga o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime inicial fechado ou no regime integralmente fechado. Ambas as posturas já sofreram modificações.

Essa outra é uma matéria já sumulada: manifestação do Supremo sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em hipótese de tráfico de drogas. Esse tema foi levado ao Supremo e também ao STJ, batendo-se o martelo no sentido de que, também, em matéria de aplicação da Lei de Entorpecentes, é possível, desde que o acusado sentenciado preencha certos requisitos subjetivos, a conversão da pena

privativa de liberdade em restritiva de direitos. Essa é uma das matérias que mais julgamos hoje, no Superior Tribunal de Justiça.

A inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória no tráfico de drogas, algumas questões ligadas ao problema da Lei de Entorpecentes – a antiga Lei nº 6.368/1976, agora Lei nº 11.343/2006. O Supremo entendeu como inconstitucional a impossibilidade da liberdade provisória prevista naquela Lei. Isso criou um clima de certo “terrorismo” nos meios de comunicação, mas é preciso entender que todas as reformas no mundo e, notadamente no campo do Direito Penal, surgem a partir de fatos da sociedade, positivos ou negativos.

Não se institui norma, não se legisla em matéria penal e, também, não se julga, notadamente na seara penal, sem que haja um impulso que venha da própria sociedade, de um determinado fato.

Outro tema “garantista”: a impossibilidade de aplicação de regime inicial fechado com base na gravidade da infração. Matéria já sumulada – Súmula 718 do STF. Não basta o juiz dizer que o crime em julgamento é um homicídio qualificado ou tráfico de drogas, ou que é abjeto. No caso concreto, em face dos princípios da presunção da não culpabilidade e da estrita legalidade que permeiam um Estado em que se observam os direitos fundamentais, nós não podemos estabelecer regra inquisitorial prévia de que para todos que fizeram ou agiram de tal maneira ou estão sendo acusados por tal fato, há obrigatoriedade do regime prisional mais severo ou mesmo da uma prisão provisória.

Discutiu-se, muito tempo, a possibilidade de aplicar o Princípio da Insignificância no furto qualificado, concurso de pessoas ou mediante escalada, por exemplo, veio o Supremo – o Ministro Gilmar Mendes lavrou o acórdão – e adotou o entendimento mais garantista.

Seria um prazer muito grande continuar a conversar e conversar, porque, repito, o Cristo Redentor nos favorece nesse ambiente acolhedor, aqui no Rio.

Quero dizer, em resumo, que o garantismo é um modelo de resposta a muitas das incertezas humanas.

E eu volto à regra da tolerância: é necessário ter tolerância com o que pensa diferente da gente, até porque tolerância só existe se houver um pensamento oposto. Não é necessário ter tolerância com quem pensa igual.

O garantismo soluciona, assertivamente, todas as questões?

Lembro uma história do Carlos Heitor Cony.

Carlos Heitor Cony, que é do Rio de Janeiro, famoso jornalista, escritor, certa vez, escreveu que teve uma formação de seminarista, estudou latim, literatura, português. Renunciou ao seminário e, no dia em que saiu daquele lugar, tomou um bonde para casa, sozinho. O cobrador do bonde passou por ele uma vez e ele pagou a passagem. O cobrador foi para o outro lado, passou novamente por ele, que pagou de novo a passagem, e o cobrador voltou e passou outra vez, como todos os cobradores fazem, e, pela terceira vez, a passagem foi paga, até que chegou em casa. Procurou se informar sobre o pagamento daquele transporte. Soube que era para pagar a viagem uma única vez. Ele, inteligentemente, concluiu: era um homem que sabia literatura, sabia línguas, tinha muitos saberes. No entanto, não sabia andar de bonde.

Talvez essa história se aplique ao garantismo.

Agradeço pela paciência de vocês. Foi um grande prazer estar aqui com todos. ❖